

# OMSTØTELSE AV FACTORINGPANT



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 530  
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 15 418 ord

14.03.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING OG TEMA FOR OPPGAVEN</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Rettskilder	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>OMSTØTELSE OG KONKURS</u></b>	<b><u>3</u></b>
2.1	Omstøtelse og konkurs – introduksjon	3
2.2	Fordringshavernes dekningsrett	3
2.3	Omstøtelsesreglene gir kreditorene en viss beskyttelse	4
<b><u>3</u></b>	<b><u>FACTORINGPANT</u></b>	<b><u>5</u></b>
3.1	Sikkerhet i fordringer – en introduksjon	5
3.2	Kritikk av adgangen til å pantsette utestående fordringer	7
3.3	Formålet med factoringpantordningen	8
3.4	Hvem kan inngå avtale om factoringpant?	9
3.5	Hva inngår i panteretten etter § 4-10?	10
3.6	Factoringpant som tingsinnbegrep	12
<b><u>4</u></b>	<b><u>OMSTØTELSE AV FACTORINGPANT I KONKURS</u></b>	<b><u>12</u></b>
4.1	Innledning	12
4.2	Når er pantsettelsen foretatt?	13
4.2.1	Innenfor tremånedersfristen?	14
4.2.2	Grunnlaget for rettsvern	14
4.2.3	Rettsvern for fremtidige fordringer	16
4.2.4	Er sikkerhetsstillelsen stilt for eldre gjeld?	17

4.3	Når er gjelden pådratt?	18
4.4	Gjeldsforholdet under factoringpant – en dynamisk størrelse	20
4.5	Nytt gjeldsforhold?	21
<b>5</b>	<b><u>HVILKEN BESTEMMELSE I DEKNINGSLOVEN KOMMER TIL ANVENDELSE?</u></b>	<b>23</b>
5.1	Lovgivers bakgrunn for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd	24
5.2	Er lovgivers bakgrunn for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd holdbar?	25
5.3	Betydningen av om det er dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse ved omstøtelse	28
5.4	Dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 – en konklusjon	29
5.5	Bygg & Bo-dommen	31
<b>6</b>	<b><u>NÆRMERE OM VILKÅR FOR OMSTØTELSE AV FACTORINGPANT</u></b>	<b>35</b>
6.1	Innledning	35
6.2	Betaling med ”usedvanlig betalingsmiddel”	36
6.3	Pantet er etablert ”før normal betalingstid”	37
6.4	Pantet har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne	37
6.5	Er disposisjonen allikevel ordinær?	38
6.6	Omstøtelse av factoringpant etter dekningsloven § 5-9	40
<b>7</b>	<b><u>LOV OM FINANSIELL SIKKERHETSSTILLELSE</u></b>	<b>42</b>
7.1	Lovens virkeområde	43
7.2	Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5	44

<b><u>8</u></b>	<b><u>PANTELOVEN § 6-4</u></b>	<b><u>45</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Oversikt over legalpanteordningen i panteloven § 6-4</b>	<b>47</b>
<b>8.2</b>	<b>Legalpant i forhold til pant etter panteloven § 4-10</b>	<b>47</b>
<b>8.3</b>	<b>Omstøtelse etter panteloven § 6-4 sjette ledd?</b>	<b>48</b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b><u>49</u></b>
<b>9.1</b>	<b>Litteratur</b>	<b>49</b>
<b>9.2</b>	<b>Lover og forarbeider</b>	<b>49</b>
<b>9.3</b>	<b>Domsregister</b>	<b>50</b>

## 1 Innledning og tema for oppgaven

Oppgavens tema er omstøtelse av factoringpant. Således vil oppgaven befatte seg med panterettslige så vel som konkursrettslige problemstillinger. Det primære formålet med oppgaven er å undersøke hvordan reglene om omstøtelse i dekningsloven § 5-5 og § 5-7 anvendes på factoringpant. Som det vil fremkomme er det ikke åpenbart hvilken av de nevnte bestemmelser som kommer til anvendelse på factoringpant. På tross av en tilsynelatende klar ordlyd i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd, er det som jeg vil redegjøre for uenighet i teorien og til dels i rettspraksis i forhold til anvendelsesområdet til bestemmelsen. I tillegg til å undersøke hvilken av reglene som synes å være den riktige i forhold til nevnte anvendelse, vil jeg undersøke og sammenligne hva som blir konsekvensene av å anvende de to respektive bestemmelsene. Videre vil oppgavene befatte seg med hvordan reglene konkret anvendes ved omstøtelse av factoringpant. Formålet med oppgaven blir derfor dels å undersøke *hvilken* regel som kommer til anvendelse og dels å undersøke *hvordan* reglene anvendes ved omstøtelse av factoringpant. Videre vil også den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 bli drøftet kort.

Det er også på det rene at selve factoringpantordningen har vært under press. Ordningen har som det vil fremkomme blant annet vært foreslått avvirket av Falkanger-utvalget. I lys av dette drøfter jeg også panteloven § 6-4 som gir hjemmel for lovbestemt pant for boomkostninger og som i visse tilfeller kan gå foran et factoringpant. Videre vil jeg kort komme inn på Lov om finansiell sikkerhetsstillelse som trådte i kraft 1. juli 2004 og gjennomfører EU-direktiv 2002/47/EF. Det er i forarbeidene til denne loven forutsatt at loven er *lex specialis* i forhold til konkursloven, panteloven og dekningsloven. Det er således viktig å avklare om denne loven har noen konsekvens i forhold til omstøtelsesproblematikken som drøftet i denne oppgaven.

Innledningsvis i oppgaven finner jeg grunn til å redegjøre kort for omstøtelse og konkurs på generelt grunnlag. Før jeg går nærmere inn på de konkrete bestemmelsene i

dekningsloven som gir hjemmel for omstøtelse av factoringpant, redegjør jeg i avsnitt 3 for hva som ligger i factoringpantbegrepet.

## 1.1 Rettskilder

De viktigste lovene for temaet i oppgaven, omstøtelse av factoringpant, er lov om pant av 8. februar 1980 nr.2 (panteloven) og lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (dekningsloven). I panteloven er det § 4-10 som er av særlig interesse. Reglene om omstøtelse finnes i dekningsloven. I relasjon til oppgaven er det særlig dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7 som er av interesse. I tillegg vil også dekningsloven § 5-9 bli drøftet noe. Av andre bestemmelser som har relevans for oppgaven vil jeg kort komme inn på panteloven § 6-4 som hjemler legalpant for boet og lov om finansiell sikkerhet § 5 som til en viss grad innskrenker omstøtelsesadgangen etter dekningsloven § 5-7.

Videre vil forarbeidene til nevnte lover bli brukt til å belyse oppgavens tema. Det foreligger pr i dag lite rettspraksis som direkte drøfter oppgavens tema. I avsnitt 5.5 gjennomgås voldgiftsdom avsagt av Sjur Brækhus (RG-1990-299) som direkte drøfter problemstillingen knyttet til anvendelse av dekningsloven § 5-5 fjerde ledd og dekningsloven § 5-7 på omstøtelse av factoringpant.

Innholdet i oppgaven støtter seg videre på juridisk litteratur som foreligger på området. I den sammenheng er det særlig grunn til å nevne Jens Edwin Andreassen's doktorgradsavhandling Factoringpant fra 1990, som jeg har trukket mye på. Det gjøres oppmerksom på at Andreassen nå bærer navnet Skoghøy. I oppgaven har jeg brukt navnet slik det fremkommer i forhold til den aktuelle kilden.

## **2 Omstøtelse og konkurs**

### **2.1 Omstøtelse og konkurs – introduksjon**

I praksis vil omstøtelse av factoringpant kunne bli aktuelt i de tilfeller hvor pantsetter går konkurs. Helt sentralt i konkursinstituttet er at skyldnerens aktiva ved konkursåpning blir beslaglagt, jfr. dekningsloven § 2-2. Nevnte aktiva danner grunnlaget for fordeling til skyldnerens kreditorer. For kreditorene er det med andre ord av avgjørende betydning hvilke aktiva som inngår i konkursboet. Sett under ett er det for kreditorene en fordel at konkursboet inneholder så mye aktiva som mulig. Samtidig vil den enkelte kreditor naturlig nok primært være opptatt av sin egen dividende. Det er derfor naturlig at det vil kunne oppstå konflikter mellom kreditorfellesskapet på den ene siden og den enkelte kreditor på den andre siden.

### **2.2 Fordringshavernes dekningsrett**

Fordringshavernes dekningsrett er nærmere regulert i dekningsloven. Hovedregelen om beslagsretten finnes som nevnt i dekningsloven § 2-2. Hovedregelen er at fordringshaverne har rett til dekning i et hvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger. Det er de reelle eierforhold som skal legges til grunn. I selve konkursgrunnlaget ligger det en forutsetning om at det ikke er ”nok til alle”. Dekningsloven oppstiller derfor prioritetsregler i forhold til hvordan de enkelte kreditors fordringer skal dekkes, jfr. dekningsloven kapittel 9. I relasjon til tema i denne oppgaven er det imidlertid panthavers dekningsrett i forhold til konkursboet som er av interesse. Panthaver har som konsekvens av pantet en særrett, en såkalt separatistrett, i forhold til konkursboet. Dette følger blant annet av at begrepet ”tilhører” i dekningsloven § 2-2 ikke gir kreditorene større rett enn skyldneren selv, men heller ikke mindre.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Andenæs (1999) s 104-105

For at panteretten skal kunne gjøres gjeldene overfor konkursboet, er det en forutsetning at den har rettsvern og at den er gyldig. Hvilke rettsvernstiltak som kreves for factoringpant vil jeg komme tilbake til under pkt. 4.2. Dersom panteretten har rettsvern overfor konkursboet, er panteretten i prinsippet uberørt av konkursen. Dette prinsippet er forutsatt i dekningsloven § 8-14.<sup>2</sup>

### 2.3 Omstøtelsesreglene gir kreditorene en viss beskyttelse

Kreditorfellesskapet kan gjennom konkursboet imidlertid i visse tilfeller påberope seg omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 som grunnlag for å nekte visse disposisjoner. Således kan omstøtelsesreglene sies å gå lengre enn rettsvernsreglene.<sup>3</sup> En panterett som er gyldig opprettet forut for konkursen og som er sikret rettsvern, kan altså gitt visse forutsetninger oppheves til fordel for kreditorfellesskapet gjennom omstøtelsesreglene. Reglene om omstøtelse er i det vesentlige samlet i dekningsloven kapittel 5. Dekningsloven § 5-1 angir at reglene kommer til anvendelse ved forhandling om tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo. I denne fremstillingen er som nevnt fokus rettet mot konkurs.

Reglene om omstøtelse har som hovedformål å verne kreditorfellesskapet. I tiden forut for konkurs vil skyldners økonomiske situasjon gjerne tilsi at han ikke bør tilgodeses med full handlefrihet. I realiteten bestyrer han i tilfelle insolvens sine fordringshaveres anliggender.<sup>4</sup> Reglene om omstøtelse motvirker således at skyldner tømmer boet for aktiva forut for konkursen, for eksempel ved at enkelte kreditorer tilgodeses med særskilte betalinger eller at en kreditor sikrer sitt krav gjennom en panterett. Reglene har altså til formål å hindre at boets aktiva reduseres eller at gjelden øker og videre å hindre visse kreditorbegunstigelser. Sentralt i konkursinstituttet står nemlig at kreditorene skal likebehandles.

Omstøtelsesreglene skal videre gjenopprette den skade som boet har lidd som følge av de foretatte kreditorskadelige disposisjonene. Et praktisk eksempel er at kreditor, som i

---

<sup>2</sup> Falkanger (2008) s 71

<sup>3</sup> Huser (1992) s 33

<sup>4</sup> Andenæs (1999) s 215



tiden forut for konkursåpning har skaffet seg separatistrett for sitt krav gjennom avtale om factoringpant, ikke tillattes å gjøre denne separatistretten gjeldene overfor konkursboet. Reglene om omstøtelse motvirker således at skyldner tømmer boet for aktiva forut for konkursen. Omstøtelsesreglene har også en viss preventiv effekt. Det faktum at visse disposisjoner etter konkurs ikke står seg i forhold til konkursboet, vil kunne begrense omfanget av slike disposisjoner. Dette er selvsagt betinget av at de involverte parter har kjennskap og forståelse av reglene. Som påpekt av Huser er ikke det en selvfølge.<sup>5</sup> Konsekvensen av at en disposisjon blir omstøtt er som regel heller ikke avskrekkende. I de fleste tilfeller er det bare snakk om å gi tilbake den fordel man urettmessig har oppnådd.<sup>6</sup> Det er derfor grunn til å stille spørsmålstegn ved hvor stor preventiv effekt omstøtelsesreglene har.

I relasjon til omstøtelse av factoringpant vil det i denne oppgaven primært fokusere på dekningsloven § 5-5 og § 5-7. I tillegg vil den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 kort bli behandlet.

### **3 Factoringpant**

#### **3.1 Sikkerhet i fordringer – en introduksjon**

I dette kapitlet gis en oversikt over panteformen factoringpant. I det neste kapitlet vil jeg gå grundigere inn i problemstillingene som mer spesifikt knytter seg til omstøtelse av factoringpant.

Før jeg i neste kapittel ser nærmere på omstøtelse av factoringpant, er det nyttig og først kort gjennomgå de ulike mulighetene som eksisterer for å sikkerhetsstillelse i fordringer. Som det vil fremkomme vil dette gi en forståelse av lovgivers motiver med innføringen av dekningsloven § 5-5 fjerde ledd.

---

<sup>5</sup> Huser (1992) s 49

<sup>6</sup> Huser (1992) s 51

Næringsdrivende har gjennom tidene hatt ulik adgang til å skaffe seg kreditt ved å stille sine formuesgoder som sikkerhet. Panteloven av 1857 var for eksempel restriktiv i forhold til underpantsettelse. I henhold til lovens § 1 kunne ”rørligt gods” (dvs. alle formuesgoder utenom fast eiendom og begrensede rettigheter i slik eiendom) bare pantsettes ”ved at overleveres i Panthaverens Besiddelse”.<sup>7</sup> Loven åpnet således ikke for pantsetting av enkle fordringer da disse av praktiske hensyn ikke lar seg overlevere slik det var forutsatt i loven. Den noe restriktive panteadgangen åpnet for et behov for å omgå lovens regler. I stedet for å bruke de enkle fordringene direkte som sikkerhet, oppnådde partene mye av det samme gjennom overdragelse av fordringene. En slik sikringscession ble etter hvert en vanlig og akseptert måte for næringsdrivende å skaffe seg kreditt på. Etter hvert utviklet det seg standardiserte måter å gjennomføre sikringscessionen på, såkalt factoring. Praksisen som tvang seg frem satte også press på lovgiverne.

Panteloven av 1980 åpnet adgangen til å pantsette enkle pengekrav. Ikke bare åpnet loven for at pengefordringer kunne pantsettes enkeltvis, men også ved at næringsdrivende kunne pantsette samlet alle de enkle pengekrav som den næringsdrivende har eller får i sin virksomhet eller i en særlig del av denne, jfr. panteloven § 4-10. Den næringsdrivendes utestående fordringsmasse er således gjennom denne bestemmelsen gjort til et eget panteobjekt. Som nevnt ovenfor var imidlertid en slik ordning i realiteten allerede indirekte etablert gjennom såkalt factoring. En slik ordning innebærer at en næringsdrivende systematisk overlater sine kundefordringer til et utenforstående finansieringsforetak (factor). Factor besørger inndrivelse av fordringene og yter samtidig en kreditt til den næringsdrivende. Realiteten i en slik ordning er altså at den næringsdrivende i praksis ytes kreditt mot sikkerhet i dennes utestående kundefordringer. Ved innføringen av panteloven § 4-10 var det ikke tvil om at factoring nå var hjemlet i lov. Da bestemmelsen kom, ble det derimot i teorien reist tvil om bestemmelsen åpnet for en samlet pantsettelse av utestående fordringer uten at panthaver skulle overta kreditor beføyelsene.<sup>8</sup> En slik adgang ble imidlertid slått fast i Eltema-dommen, Rt. 1987.35. Overskriften i

---

<sup>7</sup> Brækhus (2005) s 157

<sup>8</sup> Brækhus (2005) s 176

panteloven § 4-10, *Factoring*, kan i så måte gi et litt feil inntrykk i forhold til hva bestemmelsen reelt sett åpner for i forhold til pantsettelsesadgang.

### 3.2 Kritikk av adgangen til å pantsette utestående fordringer

Brækhus har uttrykt seg svært kritisk til den utvidelsen av pantedgangen som Eltema-dommen åpnet for.<sup>9</sup> Hans argumentasjon går i hovedtrekk ut på at aksepten av underpantsettelse etter Eltema-dommen i praksis ofte tømmer konkursboene for frie aktiva gjennom at alle skyldnerens aktiva er pantsatt og dermed holdt utenfor verdiene som gjennom bobehandlingen fordeles på kreditorfellesskapet. I tillegg til å pantsette utestående fordringer vil pantsetter typisk også ha pantsatt varelager og driftsmidler. Oppsummert er mye av den kritikken som har vært rettet mot factoringpantinstituttet basert på synspunktet at denne pantedgangen i for stor grad hensyntar panthaver og pantesetter på bekostning av kreditorfellesskapet og på bekostning av bobehandlingen. I tillegg til at midler skal fordeles på kreditorene, skal bobehandlingen gjennom en kritisk gjennomgang av skyldnerens disposisjoner avdekke eventuelle lovbrudd eller konkursskaratenebetingende forhold. Dersom det ikke er midler i boet, vil en slik gjennomgang i praksis ikke være mulig. Som det fremkommer under pkt. 8 er imidlertid dette hensynet i større grad ivarettatt nå gjennom panteloven § 6-4 som hjemler legalpant til fordel for boet.

Som det vil fremkomme i oppgavens hoveddel åpner dekningslovens bestemmelser for at visse disposisjoner knyttet til factoringpant i en konkurssituasjon kan omstøtes. Reglene beskytter således kreditorfellesskapet. Factoringant slik det åpnes for i Eltema-dommen er for næringsdrivende og kreditorene en svært praktisk form for pantsettelse. Men kombinert med underpantsettelse av driftsmidler og varelager kan det som nevnt være lite igjen til et eventuelt kreditorfellesskap. Selv om Brækhus i sin kritikk åpenbart peker på viktige svakheter ved ordningen, er det min mening at han i for liten grad hensyntar den delen av norsk næringsliv som ikke sitter på store pantsettbare verdier i form av eiendom, varelager eller driftsmidler. Således er det min mening at liberaliseringen av pantedgangen gjennom å åpne for pantsettelse av utestående

---

<sup>9</sup> Brækhus (2005) s 177 -179

fordringer, samsvarer godt med den generelle utviklingen i næringsstrukturen i norsk økonomi gjennom de siste 10-årene. Antallet virksomheter hvor kunnskap er den viktigste innsatsfaktoren har de siste 10-årene økt betraktelig. Felles for disse bedriftene er blant annet at de ofte ikke sitter på varelager eller annet driftstilbehør som kan pantsettes. Således er det svært praktisk for disse bedriftene å kunne pantsette utestående fordringer. Dette gjelder generelt for mange virksomheter innen de tjenesteytende næringene, en næringstype som stadig blir mer fremtreende innen norsk økonomi. For mange bedrifter innen de tjenesteytende næringene er utestående fordringer dermed et meget viktig formuesgode i forhold til pantsettelse.

Også det såkalte Falkanger-utvalget anbefalte i sin tid enstemmig å fjerne adgangen for næringsdrivende til å pantsette samlet sine utestående fordringer.<sup>10</sup> Utvalget ble nedsatt for å foreta etterkontroll av konkurslovgivningen og var i mandatet bedt om å utrede endringer i pantelovgivningen med sikte på å tilføre konkursboene mer kapital. Utvalget ble spesielt bedt om å utrede ideen om at en viss del av pantsatte gjenstanders verdi skal forbeholdes boet. En slik regel er nå hjemlet i panteloven § 6-4. Falkanger-utvalgets utredning ble sendt på høring i juni 1993, og fulgt opp i Ot.prp. nr. 26 (1998-1999). I proposisjonen gikk Justisdepartementet ikke inn for å oppheve adgangen til pantsettelse av varelager og factoringpant, men foreslo en regel om fem prosent legalpant for konkursboer, jfr. regelen i panteloven § 6-4.

Det gjøres oppmerksom på at det videre i oppgaven vil bli brukt betegnelsene factoring på det som ovenfor er beskrevet som tradisjonell factoring, mens begrepet factoringpant brukes om den generelle adgangen pantsetter har til å pantsette enkle pengekrav uten at panthaver overtar kreditorbeføyelsene på sikringsstadiet.

### 3.3 Formålet med factoringpantordningen

Næringsdrivende vil i mange tilfeller ha behov for ekstern finansiering. Dette kan for eksempel være knyttet til investeringer i nye prosjekter eller utvidelser av virksomheten. Næringsdrivende opplever også at oppgjør fra salg tar tid. Således vil

---

<sup>10</sup> NOU 1993: 16

det kunne gå betydelig tid fra et salg er gjennomført til den tilhørende salgssum blir innbetalt. Dette kan ha som konsekvens at selskapets likviditet blir satt under press. De faste kostnadene vedvarer eller øker samtidig som inntektsstrømmen er ujevn. Således kan det være behov for midlertidig finansiering, for eksempel såkalt kassekreditt. En slik kreditt betinger i praksis at kredittgiver kan få sikkerhet i form av en panterett. I praksis er det den næringsdrivendes varelager og de utestående fordringene som ofte danner panteobjekt for nevnte kreditt. Pantsetters driftsmidler er også et mye bruk pantobjekt. Adgangen til å pantsette enkle pengekrav, varelager og driftsmidler er derfor viktig for å sikre bedrifter den nødvendige kreditt. I tillegg til den åpenbare fordelen for den enkelte næringsdrivende, er en slik panterett også fordelaktig for samfunnet som helhet gjennom det grunnlaget som skapes for utvikling av den enkelte virksomhet og dermed økonomisk vekst i samfunnet.

Hva så med de usikrede kreditorene? Også for de usikrede kreditorene kan panteadgangen innebære fordeler. Panteadgangen er med på å styrke debtors mulighet til å skaffe seg kreditt og dermed gjøre opp sine forpliktelser.<sup>11</sup> Som nevnt ovenfor vil debtors likviditet ofte tilsi at slik kortsiktig finansiering er nødvendig for å håndtere løpende forpliktelser. Imidlertid vil det som nevnt ovenfor, jfr. kritikken fra Brækhus, være en fare for at for omfattende panteadganger setter kreditorfellesskapets interesser i en uheldig stilling. Gitt dette er det min vurdering at selve ordningen med factoringpant spiller en så viktig rolle for store deler av norsk næringsliv at hensynet til kreditorfellesskapet må forsøkes ivaretatt på andre måter, blant annet gjennom omstøtelsesadgangen.

### 3.4 Hvem kan inngå avtale om factoringpant?

Adgangen til å inngå avtale om factoringpant er i henhold til panteloven § 4-10 begrenset til ”næringsdrivende”. Begrepet næringsdrivende er å forstå på samme måte som i § 3-5, jfr. § 4-10 tredje ledd. Summarisk omfatter begrepet næringsdrivende slik det fremstår i panteloven § 3-5 to grupper pantsettere, foretak registrert i

---

<sup>11</sup> Skoghøy (1996) s 9

foretaksregisteret og sykehus, skoler og diverse andre sosiale eller humanitære institusjoner etter nærmere bestemmelse av Kongen.<sup>12</sup>

Bestemmelsen som referert til ovenfor retter seg mot pantsetteren. Men hva med panthaveren? Et naturlig utgangspunkt ville kanskje være at også panthaveren må være næringsdrivende i lovens forstand. Imidlertid stilles det ingen krav til hvem panthaveren kan være ved inngåelse av avtale om factoringpant. Dette må særlig være klart etter Eltema-dommen<sup>13</sup>, hvor det ble åpnet for pantedgang også utenfor de tradisjonelle factoringordningene. Det er imidlertid verdt å bemerke at factoringpant for det alt vesentligste inngås mellom næringsdrivende og profesjonelle kredittinstitusjoner, primært banker. I praksis er slike avtaler gjerne knyttet til en kassakreditt.

### 3.5 Hva inngår i panteretten etter § 4-10?

Panteloven § 4-10 åpner for at den næringsdrivende kan slutte avtale om *avhendelse*, *avhendelse i sikringsøyemed* eller *pantsettelse* av enkle pengekrav. I forhold til oppgaven er alternativet pantsettelse det mest relevante.

I henhold til panteloven § 4-10 er det ”de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som han har eller får i sin virksomhet eller i særlig del av denne” som kan pantsettes. Før en lovendring i 1991 var pantedgangen tilsynelatende mindre restriktiv. Før nevnte lovendring var panteobjektet etter § 4-10 ”de enkle pengekrav” som pantsetteren ”har eller får i sin virksomhet”. Etter lovendringen ble det altså tilføyd at pantsettelsesadgangen skulle begrenses til pengekrav knyttet til ”vederlag for varer eller tjenester som han har eller får i sin virksomhet eller i særlig del av denne”. I realiteten har innholdet i § 4-10 når det gjelder pantedgangen nok vært den samme både før og etter lovendringen.<sup>14</sup>

I følge Andreassen må det legges til grunn at begrepet ”enkle pengekrav” slik det fremkommer i panteloven § 4-10 må tolkes på samme måte som tilsvarende uttrykk i §

---

<sup>12</sup> Brækhus (2005) s 77

<sup>13</sup> Rt 1987 s 35

<sup>14</sup> Skoghøy (1996) s 7

4-4.<sup>15</sup> Etter § 4-4 annet ledd regnes som enkelt pengekrav ”pengekrav som ikke er knyttet til verdipapir, finansielle instrumenter registrert i et verdipapirregister eller innløsningspapir”.

I grove trekk åpner panteloven for tre ulike pantsettelsesalternativer. For det første kan den næringsdrivende pantsette enkle pengekrav han har. For det andre kan den næringsdrivende pantsette enkle pengekrav han får. Og for det tredje kan han pantsette både krav han har og krav han får. Etter § 4-10 er panteobjektet vederlag for varer og tjenester. Med ”vederlag” for varer eller tjenester siktes til det til ”regulære kundefordringer i den næringsdrivendes virksomhet, ofte også kalt fakturafordringer”.<sup>16</sup>

”Varer eller tjenester” skal i følge forarbeidene først og fremst forstås som formuesgoder som har karakter av omsetningsaktiva i pantsetterens virksomhet. Men det er i forarbeidene forutsatt at også vederlag for gjenstander som forbrukes i virksomheten normalt vil være omfattet av factoringpantavtale dersom gjenstandene selges.<sup>17</sup> Jeg går ikke inn på den nærmere grensedragningen mellom omsetningsaktiva (som typisk omfattes av factoringpantet) og anleggsaktiva (som typisk ikke omfattes av factoringpantet).

For at et vederlagskrav omfattes av avtale om factoringpant, er det et vilkår at pantsetteren er kreditor for kravet. Dette følger av ordlyden i panteloven § 4-10, ”vederlag for varer eller tjenester som han har eller får i sin virksomhet”. Det er altså det underliggende avtaleforholdet mellom pantsetter og debitor som er avgjørende i forhold til om pantsetter er kreditor for kravet.<sup>18</sup> Etter panteloven § 4-10 er det imidlertid ikke noe vilkår at skyldneren navngis. For fremtidige krav som på avtaletidspunktet ikke har oppstått er det jo ikke praktisk mulig å navngi skyldnerne. Heller ikke rettsforholdet kravet (potensielt) springer ut fra er det nødvendig å

---

<sup>15</sup> Andreassen (1990) s 143

<sup>16</sup> Ot. prp. nr. 53 (1990-1991) s. 23

<sup>17</sup> Ot. prp. nr. 53 (1990-1991) s. 23

<sup>18</sup> Andreassen s (1990) s 155

spesifisere. Det eneste vilkår som stilles er at kravet er oppstått i pantsetterens næringsvirksomhet eller deler av denne.<sup>19</sup>

Som en oppsummering kan panteobjektet sies å være begrenset til å gjelde de krav som kan sies å springe direkte ut av selve driften av pantsetters virksomhet. Dette har som konsekvens at blant annet bankinnskudd anses å måtte falle utenfor.<sup>20</sup>

### 3.6 Factoringpant som tingsinnbegrep

Det er velkjent at driftstilbehør og varelager kan pantsettes som såkalt tingsinnbegrep, jfr. panteloven § 3-4 og § 3-11. Dette har som betydning at driftstilbehør og varelager kan pantsettes slik det til enhver tid er. Panteobjektet tilføres således et dynamisk element. Verdien av panteobjektet sett fra panthavers ståsted vil således kunne endre seg over tid. Tilsvarende må etter min vurdering antas å gjelde også for factoringpant etter § 4-10. Som det vil fremkomme har dette relevans i forhold til omstøtelsesproblematikken. Ved vurderingen knyttet til omstøtelse er det relevant å vurdere hva som inngår i pantet, men også *når* de enkelte kravene som inngår i pantet har oppstått. Hvorvidt en vurderer panteobjektet som et tingsinnbegrep eller ikke vil således kunne ha betydning i forhold til omstøtelsesadgangen.

## 4 Omstøtelse av factoringpant i konkurs

### 4.1 Innledning

I dette avsnittet ser jeg nærmere på omstøtelse av factoringpant. Utgangspunktet er de tilfeller hvor pantsetter går konkurs og pantsetter forut for konkurs har inngått en factoringpantavtale. Under bobehandlingen vil det da bli vurdert om factoringpantavtalen kan omstøtes etter dekningslovens bestemmelser. En viktig del av fremstillingen blir å drøfte om det er dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse ved omstøtelse av factoringpant. Jeg

---

<sup>19</sup> Andreassen (1990) s 171

<sup>20</sup> Skoghøy (1996) s 7



vil også kort drøfte omstøtelse av factoringpant etter den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9.

Som en forlengelse av dette vil jeg vurdere om det har noen praktiske konsekvenser om en omstøter etter det ene eller andre alternativet. Videre vil jeg foreta en gjennomgang og vurdering av de nevnte reglene om omstøtelse med factoringpant for øyet. Blant annet vil jeg gå nærmere inn på vurderingsgrunnlaget for når pantsettelsen må anses foretatt og når gjelden som indirekte er tilknyttet pantet er pådratt.

Det er først og fremst den kredittskapende funksjonen som trekkes frem som factoringpantordningens fremste argument. Imidlertid vil dette argumentet i mindre grad være gyldig i de tilfeller hvor factoringpantavtalen knytter seg til eldre gjeld. Pantsettelse knyttet til eldre gjelde vil i nokså liten grad bidra til kredittskaping og dermed økonomisk vekst. En slik pantsettelse vil først og fremst være til fordel for den enkelte kreditor og vil kunne være ufordelaktig for de øvrige kreditorer. Reglene om omstøtelse begrenser adgangen til å pantsette eldre gjeld.

I det følgende vil fokus være rettet mot dekningsloven § 5-5 fjerde ledd og dekningsloven § 5-7. Dekningsloven § 5-9 drøftes til slutt. Innledningsvis vil jeg drøfte når pantsettelsen anses foretatt og når gjelden anses pådratt.

#### 4.2 Når er pantsettelsen foretatt?

Vurderingen av når pantsettelsen er foretatt har betydning i to relasjoner. For det første har det betydning i forhold til å avgjøre om pantsettelsen faller innenfor eller utenfor tremånedersfristen som oppstilles i dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7. For det andre har det betydning i forhold til å avgjøre om pantsettelsen har funnet sted etter gjeldsstiftelsen. Dette er avgjørende i forhold til å avgjøre om det er snakk om pantsettelse for eldre gjeld.<sup>21</sup>

Jeg drøfter først hvordan det avgjøres om pantsettelsen er foretatt innenfor eller utenfor tremånedersfristen.

---

<sup>21</sup> Andreassen (1990) s 431

#### 4.2.1 Innenfor tremånedersfristen?

Både dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7 setter som vilkår for omstøtelse at pantsettelsen (eller betalingen etter § 5-5) må være ”foretatt senere enn tre måneder før fristdagen”. Fristdagen er litt forenklet den dagen begjæring om konkurs kom inn til tingretten, jfr. dekningsloven § 1-2. I praksis vil det si at fristdagen ofte, men ikke alltid, er nært knyttet til tidspunktet for konkursåpning. I nevnte bestemmelser fungerer altså fristdagen som skjæringstidspunkt ved mulig omstøtelse. I forhold til både dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7 er det av avgjørende betydning å stadfeste tidspunktet for når avtalen om factoringpant ble inngått. Tidfestingen har som nevnt relevans både i forhold til om pantsettelsen er foretatt innenfor omstøtelsesfristen og om den sikrer eldre gjeld. Som det vil fremkomme er reglene om hvordan pantsettelsen får rettsvern av avgjørende betydning for ovennevnte.

Det generelle utgangspunktet for en kreditor med panterett i et panteobjekt er at han har en særrett til å søke dekning gjennom panteobjektet. Dette forutsetter imidlertid at pantavtalen både er avtalerettslig og panterettslig gyldig. Dette forutsetter at avtalen er gyldig etter vanlige avtalerettslige regler og at panteretten har hjemmel i forhold til det panterettslige legalitetsprinsipp. Jeg går ikke nærmere inn på disse betingelsene. For pantehaver er det også av interesse at panteretten kan gjøres gjeldene overfor tredjemann. At panteretten kan gjøres gjeldene overfor tredjemann er avhengig av om panteretten har rettsvern. Det finnes ulike grupper tredjemenn som kan ha interesse i panteobjektet. For det første er dette pantsetters usikrede kreditorer. For det andre vil omsetningsserververe kunne ha interesse i panteobjektet. Og for det tredje vil det kunne oppstå spørsmål vedrørende rettsvern i forhold til debitor etter de pantsatte krav.<sup>22</sup> I det følgende er det rettsvernet mot pantsetters andre usikrede kreditorer som er i fokus.

#### 4.2.2 Grunnlaget for rettsvern

For at factoringpantet skal kunne stå seg mot omstøtelse, må rettsvernet være etablert senest tre måneder forut for fristdagen, jfr. dekningsloven § 5-10 sammenholdt med § 5-

---

<sup>22</sup> Andreassen (1990) s 268

5 og 5-7. Når det gjelder factoringpant er det to ulike grunnlag for rettsvern. I panteloven § 4-10 andre ledd første punktum fremkommer at avtale om factoringpant får rettsvern ved tinglysning i Løsøreregisteret. Bestemmelsen refererer til rettsvern mot pantsetterens kreditorer. Med kreditorer menes både enkeltforfølgende kreditorer og konkursbo.<sup>23</sup>

I følge ordlyden kan det synes som om tinglysning i Løsøreregisteret er den eneste muligheten for å få rettsvern. Det er imidlertid i rettspraksis gjennom Karmøy Monteringsdommen<sup>24</sup> lagt til grunn at avtale om factoringpant alternativt kan få rettsvern ved melding til debitorregisteret for de enkelte krav, jfr. panteloven § 4-5 første ledd. En slik mulighet er etter dette akseptert som gjeldene rett. Factoringpant kan etter dette få rettsvern enten gjennom tinglysning i Løsøreregisteret eller ved notifikasjon.

I dekningsloven § 5-10 fremkommer at disposisjoner som først oppnår ordinært rettsvern ved tinglysning eller annen sikringsakt, ikke anses som foretatt før slikt sikringsakt er iverksatt. Tilsynelatende kan det synes som om det av ordlyden i dekningsloven § 5-10 er nok at sikringsakten er satt i gang. "Iverksatt" må imidlertid forstås som at sikringsakten er fullbyrdet. Er nødvendig sikringsakt iverksatt må meningen være at disposisjonen i forhold til boet anses som inngått på den dag sikringsakten skjedde.<sup>25</sup> Tidspunktet for når pantsettelsen anses foretatt forskyves etter dette fremover i tid i forhold til inngåelsen av panteavtalen. I praksis vil det kunne tilsi en videre omstøtelsesadgang fordi tidspunktet skyves nærmere fristdagen.

Ved registrering i Løsøreregisteret, er det dagbokføringen som er det avgjørende tidspunkt i forhold til når rettsvern er etablert, jfr. tinglysningsloven § 20. Et konkursbo er på sin side ikke avhengig av særskilt rettsvernsakt for å ekstingvere andre rettsserverv. For at en factoringpantavtale skal unngå konkursbeslaget må factoringpantavtalen være tinglyst senest dagen før konkursåpning, jfr. tinglysningsloven § 34 sammenholdt med § 23.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Skoghøy (2004) s 202

<sup>24</sup> Rt. 1989 s. 1209

<sup>25</sup> Huser (1992) s 77

<sup>26</sup> Andreassen (1990) s 317

Dersom rettsvern skal etableres gjennom notifikasjon av debitor cessus, må han gis melding om pantsettelsen enten fra panthaveren eller pantsetteren eller noen som representerer disse gjennom fullmakt. Meldingen kan gis både skriftlig og muntlig. Det er ikke oppstilt noe krav om bevis eller dokumentasjon på at pantsettelsen er foretatt. Debitor cessus trenger således ikke bekrefte at han har mottatt meldingen. Meldingen kan gis enten etter at kravet er oppstått eller den kan gis på forhånd.<sup>27</sup>

Når rettsvern etableres ved melding til debitor cessus, kan en tenke seg ulike alternativer for når rettsvernet anses å være etablert. For det første kan rettsvernet tenkes etablert når melding er sendt. For det andre kan rettsvern tenkes når meldingen er kommet frem. Og for det tredje kan rettsvern tenkes når det har kommet til debitor cessus kunnskap. I panteloven § 4-5 fremkommer at rettsvern i enkelt krav etableres ved at ”skyldneren får melding om pantsettelsen”. Hensynet til konsekvens i regelverket taler for at bestemmelsen gis anvendelse også på tilfeller hvor enkle krav pantsettes samlet.<sup>28</sup> Etter dette må rettsvernet anses etablert når meldingen er kommet frem.

Pantsettelsen må altså anses foretatt på det tidspunkt den gyldige panteavtalen oppnår vern mot pantsetters kreditorer, jfr. dekningsloven § 5-10. Ved denne vurderingen er det således ikke grunn til å skille mellom dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7.

#### 4.2.3 Rettsvern for fremtidige fordringer

I panteloven § 4-4 og § 4-10 åpnes det for pant i fremtidige fordringer, dvs. fordringer som ikke er oppstått, men som den næringsdrivende forventer å få i fremtiden. Etter ordlyden i panteloven § 4-10 er det som det fremkommer ovenfor på det rene at pant i fremtidige fordringer kan få rettsvern ved tinglysning. Spørsmålet er imidlertid om slik pantsettelse kan få rettsvern gjennom notifikasjon. Av panteloven § 4-4 og § 4-5 kan det utledes at fremtidige enkle pengekrav kan pantsettes ved notifikasjon. Sammenholdt med at rettsvern for pantsettelse av enkle pengekrav etter panteloven § 4-10 i tillegg til

---

<sup>27</sup> Skoghøy (1996) s 33

<sup>28</sup> Andreassen (1990) s 324

tinglysning kan skaffes gjennom notifikasjon, synes det klart at også panteretter etter § 4-10 vedrørende fremtidige krav kan oppnå rettsvern gjennom notifikasjon. Dette synet strider imidlertid mot Høyesteretts uttalelser i Fokus Finans-dommen hvor det blir lagt til grunn at ”overdragelse av fordringer som ennå ikke er oppstått, men som overdrager fremtidig måtte erverve i sin virksomhet, bare kan få rettsvern ved tinglysning”.<sup>29</sup> I teorien blir det imidlertid fremholdt at dette resultatet ikke kan være riktig.<sup>30</sup> Dette følger av sammenhengen i regelverket, jfr. panteloven § 4-4. § 4-5 og § 4-10 som redegjort for ovenfor.

#### 4.2.4 Er sikkerhetsstillelsen stilt for eldre gjeld?

Ved vurderingen i forhold til om pantsettelsen faller innenfor eller utenfor tremånedersfristen er det som det fremkom i avsnittet ovenfor tidspunktet for rettsvern som legges til grunn. I tillegg til at pantsettelsen må være foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, er det i omstøtelsesreglene i dekningsloven § 5-5 og § 5-7 et vilkår om at sikkerhetsstillelsen er stilt for eldre gjeld. Tidspunktet for pantsettelsen har således også betydning i forhold til om sikkerhetsstillelsen er stilt for eldre gjeld. Ved denne vurderingen er det i utgangspunktet avtaletidspunktet som må legges til grunn.<sup>31</sup> Jeg tar først for meg dekningsloven § 5-7.

I dekningsloven § 5-7 bokstav a åpnes det for omstøtelse i de tilfeller hvor pantet er stilt for ”gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt”. Gjelden må etter dette senest være pådratt samtidig med når sikkerhetsretten ble avtalt. Som det følger av ordlyden er det avgjørende i denne sammenheng når sikkerhetsretten ble *avtalt*. I motsetning til ved fristberegningen ovenfor, er det som nevnt altså ikke rettsvernstidspunktet som legges til grunn. Dette synes også klart dersom man sammenholder dekningsloven § 5-7 bokstav a med dekningsloven § 5-7 bokstav b. Bokstav b stiller som krav at pantsettelsen må ha fått rettsvern ”uten unødig opphold” etter at gjelden er pådratt. Tidspunktet for når panteretten ble avtalt kan således bare legges til grunn dersom rettsvernet er brakt i orden uten unødig opphold, jfr.

---

<sup>29</sup> Rt. 1993.1295

<sup>30</sup> Skoghøy (1996) s33

<sup>31</sup> Andreassen (1990) s 431

dekningsloven § 5-7 bokstav b. Regelen i dekningsloven § 5-7 bokstav a åpner altså for omstøtelse i de tilfeller hvor sikkerheten ikke kan sies å ha vært en betingelse for innvilgelse av kreditten. I henhold til ovennevnte er det for eksempel altså mulig å åpne en kassakreditt før factoringpantavtalen er tinglyst og at denne står seg mot omstøtelse dersom den tinglyses uten unødig opphold.

Fordi avtaletidspunktet er avgjørende er det av betydning at avtalen om factoringpant både er avtalerettslig og panterettslig gyldig. I henhold til avtaleloven vil avtale anses inngått når tilbudet er kommet frem og mottaker av tilbudet har akseptert dette.

Når det gjelder dekningsloven § 5-5 er det ikke gitt at det er avtaletidspunktet som er det avgjørende i forhold til å vurdere om sikkerheten er etablert før gjeldsstiftelsen. Ordlyden i dekningsloven § 5-5 gir ingen anvisning på samme måte som dekningsloven § 5-7. I dekningsloven § 5-7 bokstav b følger det også at tidspunktet for når panteretten ble avtalt bare kan legges til grunn dersom rettsvernet er brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden er pådratt. Når det gjelder dekningsloven § 5-5 må i følge Andreassen imidlertid avtaletidspunktet alltid være avgjørende for når panteretten skal anses etablert.<sup>32</sup> Andreassen er også kritisk til å gi dekningsloven § 5-7 bokstav b analogisk anvendelse på dekningsloven § 5-5 slik at det også her stilles krav om at rettsvernet må være brakt i orden uten unødig opphold.<sup>33</sup> Etter min mening må man kunne anvende ordinær-reservasjonen i dekningsloven § 5-5 på en slik måte at regelen i dekningsloven § 5-7 bokstav b får tilnærmet tilsvarende anvendelse i dekningsloven § 5-5. Det at det går noe tid før rettsvernet er brakt i orden må i de fleste tilfeller anses å være ordinært.

#### 4.3 Når er gjelden pådratt?

Felles for dekningsloven § 5-5 og § 5-7 er at omstøtelsesadgangen knyttes til gjeld som allerede er stiftet. Der er derfor på sin plass å drøfte når gjelden må anses pådratt i relasjon til nevnte bestemmelser. Med gjeld forstås her forpliktelse til å betale beløp i penger.

---

<sup>32</sup> Andreassen (1990) s 435

<sup>33</sup> Andreassen (1990) s 435-436

I dekningsloven § 5-7 fremkommer at pantsettelsen eller sikkerhetsstillelsen kan omstøtes dersom den er foretatt innen tremånedersfristen og den er stilt for gjeld som skyldneren har *pådratt* seg før sikkerhetsstillelsen. Det avgjørende er etter ordlyden med andre ord ikke når gjelden ble avtalt, jfr. diskusjonen ovenfor i forhold til hva som var utgangspunktet for vurderingen av når sikkerhetsretten måtte anses etablert.

Hva ligger så i begrepet *pådratt*? I praksis vil det gjerne gå en viss tid mellom inngåelse av avtale om kreditt og utbetaling av kreditten. En kan derfor stille spørsmål ved om gjelden må anses pådratt når bindene avtale er inngått, eller om det er riktig å anse gjelden som pådratt når kreditten utbetales. Det synes klart at det riktige må være å anse gjelden pådratt først når kreditten utbetales. Det er først når kreditor har levert at debitor er forpliktet til å prestere hele den ytelsen han har påtatt seg å yte. I relasjon til dekningsloven § 5-7 må gjelden dermed anses pådratt i det øyeblikk debitor mottar kreditors ytelse.<sup>34</sup> Huser påpeker at endring i ordvalg fra ”stiftet” til ”pådratt” i nåværende lov må sees på som et forsøk på å klargjøre denne forståelsen.<sup>35</sup> Også reelle hensyn taler for en slik løsning. Løsningen skjermer de tilfellene hvor et lån blir avtalt uten sikkerhetsstillelse, men hvor pantesikkerheten etableres før lånet blir utbetalt og hvor den opprinnelige låneavtalen fortsatt må anses å gjelde. Ved å knytte tidspunktet for når gjelden er pådratt til utbetalingen unngår man omstøtelse i slike tilfeller.<sup>36</sup> Dog kan rettspolitiske hensyn tale i mot en slik løsning. Dersom kreditten innvilges uten at det i utgangspunktet er stilt krav om pantsikkerhet, viser det jo at pantsikkerheten ikke nødvendigvis har vært nødvendig for å skaffe kreditten. Dermed faller den viktigste rettspolitiske grunnen for å akseptere panteretten bort.

Det fremkommer også av dekningsloven § 7-2 at kreditor kan betinge seg en sikkerhet før han gjennomfører egen ytelse. Det har neppe vært lovgivers ønske at omstøtelsesreglene skal slå ut dekningsloven § 7-2.

---

<sup>34</sup> Huser (1992) s 379

<sup>35</sup> Huser (1992) s 379

<sup>36</sup> Andreassen (1990) s 428

Ved vurderingen av når gjelden anses pådratt i forhold til dekningsloven § 5-5, må de samme hensyn gjøre seg gjeldene som drøftet ovenfor. I denne relasjonen er det altså ingen grunn til å skille mellom dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7. Verdt å merke seg er at det i dekningsloven § 5-7 er snakk om ”eldre gjeld” mens det i dekningsloven § 5-5 kun refereres til ”gjeld”. Det er på det rene at det med begrepet gjeld i dekningsloven § 5-5 må forstås eldre gjeld.<sup>37</sup>

#### 4.4 Gjeldsforholdet under factoringpant – en dynamisk størrelse

Factoringpant blir i praksis i all hovedsak brukt for å sikre driftskreditt, gjerne knyttet til en såkalt kassakredittkonto. Kassakredit er for mange næringsdrivende en svært praktisk og viktig finansieringsform. Med kassakreditt kan bedriften overtrekke sin driftskonto opp til en avtalt kredittramme. Dette gir bedre likviditet fordi regninger kan betales løpende før salgsinntektene foreligger. Typisk for en slik ordning er at saldoen på kassakredittkontoen vil endre seg over tid etter hvert som bedriften betaler inn penger og trekker på kreditten. Gjeldsforholdet er således et fluktuerende gjeldsforhold. I forhold til omstøtelsesreglene er det derfor nærliggende å undersøke hva som skal anses som ny og gammel gjeld i en slik sammenheng. Som det fremkom ovenfor, er det avgjørende ved vurderingen av om omstøtelse kan finne sted å klarlegge når gjelden anses å være pådratt. Utgangspunktet i det følgende er at det er etablert tinglyst underpant etter panteloven § 4-10 og at pantet er etablert etter at det har vært bevegelser på kassakredittkontoen. Partene står i et løpende forretningsforhold og debitor disponerer over kontoen. Spørsmålet er hva som kan regnes som ny og hva som skal regnes som gammel gjeld. Brækhus illustrerer de særegne gjeldsforhold som oppstår i ovennevnte situasjon gjennom et eksempel.<sup>38</sup> I eksemplet viser Brækhus til en situasjon hvor debitor har en kassakreditt som er trukket maksimalt, i eksempelet kr 100 000, da panteretten etableres. I løpet av påfølgende måned foretar debitor innbetalinger på kontoen med til sammen kr 120 000 og trekker i samme periode gjennom en rekke transaksjoner kr 130 000. I løpet av måneden har saldo svingt mellom kr 90 000 og kr 115 000. Etter nevnte måned åpnes det konkurs i boet til debitor. I følge Brækhus må den riktige vurderingsmåten i forhold til å vurdere hva som skal anses å være ny og

---

<sup>37</sup> Andenæs (1999) s 239

<sup>38</sup> Brækhus (1970) s 108



gammel gjeld være å se på den reelle gjeldsøkningen i tiden mellom pantsettelsen og konkursen. I tilfelle ovenfor er dette  $\text{kr } 110\,000 - \text{kr } 100\,000 = \text{kr } 10\,000$ . Dette synet samsvarer med det som fremkommer i Rt. 1958.1181: ”Det avgjørende må være i hvilket omfang den gjeld som pantet påstås å hefte for, faktisk er stiftet før pantsettelsen og i hvilket omfang den er stiftet ved og etter denne. Det er mulig at det i enkelte tilfelle kan by på vansker å avgjøre dette, men i den utstrekning det kan fastslås at det her dreier seg om samtidig eller senere stiftet gjeld er man utenfor virkeområdet for konkurslovens § 45.” Huser drøfter nevnte problemstilling i relasjon til kontokurrentforhold som Huser for det alt vesentligste sammenligner med et kassakredittforhold. Selv om Huser til en viss grad avviser at ovennevnte dom gir svar på spørsmålet, er han enig i konklusjonen: det avgjørende må være gjeldens størrelse – dvs. saldoen på sikkerhetsavtaletidspunktet<sup>39</sup>. Etter dette må hovedregelen være at det også i løpende forretningsforhold må være tidspunktet for pantsettelsen som er skjæringspunktet for ny og eldre gjeld.

I dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b åpnes det imidlertid for en tidsforskyvning som modifierer hovedregelen noe. Med støtte i ordlyden må det antas at dersom tidsrommet mellom avtalen om kreditten og rettsvernsakten ikke anses som et ”unødig opphold” må en gjeldsøkning pådratt i denne perioden anses som ny gjeld med den følge at den ikke kan omstøtes etter de objektive omstøtelsesreglene. I motsatt tilfelle, dersom det går unødig lenge, vil gjeldsøkningen i denne perioden måtte kunne anses som eldre gjeld i relasjon til omstøtelsesreglene.

#### 4.5 Nytt gjeldsforhold?

I eksemplet i avsnittet ovenfor var utgangspunktet at pantsetter løpende trakk og innbetalte på kassakredittkontoen. Utgangspunktet var at disse transaksjonene ble vurdert under ett. En kan imidlertid også tenke seg tilfeller hvor et etablert gjeldsforhold blir omdannet til et nytt gjeldsforhold. Spørsmålet blir da om gjelden skal anses å være eldre gjeld eller ikke etter dekningslovens bestemmelser. Utgangspunktet er at det er

---

<sup>39</sup> Huser (1992) s 394-396

tidspunktet for den reelle gjeldsstiftelsen som skal legges til grunn.<sup>40</sup> Dersom et lån for eksempel konverteres til et nytt lån og hvor det nye lånet er pantesikret er det klart at en står overfor et tilfelle som potensielt kan omstøtes. Brækhus argumenterer for at det er av betydning i forhold til omstøtelsesadgangen i hvilken grad den nye lånegiveren er klar over at den nye pantsatte gjelden brukes til å betale gammel gjeld.<sup>41</sup> I de tilfeller hvor långiver er helt uvitende om at lånet brukes til dekning av eldre gjeld, er man i følge Brækhus utenfor omstøtelsestilfellene. Reelle hensyn taler for en slik løsning. Det ville vært urimelig om lånegiver som i god tro inngikk en låneavtale uvitende om at lånet blir brukt til å betale gammel gjeld skal straffes for dette gjennom omstøtelse av pantsikkerheten. I motsatt tilfelle hevder Brækhus at en klart er innenfor de objektive omstøtelsesreglene i de tilfelle hvor långiver for det nye låneforholdet positivt visste at lånet ville bli brukt til å betale gammel gjeld. Også de tilfellene hvor lånegiver burde vite at bedriften ville bruke pengene på gammel gjeld bør i følge Brækhus rammes av de objektive omstøtelsesreglene.<sup>42</sup> Andreassen på sin side hevder at det er å gå for langt å rubrisere sistnevnte tilfelle for sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.<sup>43</sup> Andreassen vektlegger at sammenhengen mellom det gamle og det nye gjeldsforholdet er så fjern at det er unaturlig å si at det dreier seg om sikkerhetsstillelse for ”gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsstillelsen ble avtalt”, jfr. dekningsloven § 5-7. I følge Andreassen kan identifikasjon mellom det nye og tidligere lån bare skje i rene konverteringstilfeller, dvs. i tilfeller hvor det nye lånet er innvilget eller er forutsatt anvendt til innfrielse av tidligere lån av samme eller lignende karakter. Andreassen synes å forankre denne tankegangen blant annet i den muligheten som ligger i å anvende den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9. Jeg bemerker at den subjektive omstøtelsesregelen ikke var lovfestet da Brækhus gjorde sine vurderinger slik at det for han muligens var naturlig å ta nevnte reservasjoner. Dog fantes en slik regel gjennom ulovfestet rett slik at nevnte argumentasjon neppe kan tillegges for stor betydning. Gitt den omstøtelsesadgangen som nå ligger i dekningsloven § 5-9, vil jeg si meg enig med Andreassen i at det er naturlig å avgrense hva som kan anses som et nytt gjeldsforhold i forhold til tilfeller som nevnt ovenfor.

---

<sup>40</sup> Brækhus (1970) s 106-107

<sup>41</sup> Brækhus (1970) s 112-113

<sup>42</sup> Brækhus (1970) s 112-113

<sup>43</sup> Andreassen (1990) s 430

I vurderingen må en også vurdere gjeldsforholdenes karakter. Ombytting av gjeld, i motsetning til etablering av nytt gjeldsforhold, må være betinget av at gjeldsforholdene er sammenlignbare. Dersom en bank innvilger driftskreditt som i sin tur blir benyttet til å betale eksisterende leverandørgjeld, må dette anses å være et nytt låneforhold og ikke kun ombytting av gjeld.<sup>44</sup>

## **5 Hvilken bestemmelse i dekningsloven kommer til anvendelse?**

De ulike reglene om omstøtelse i dekningsloven kapittel 5 er med unntak av den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 knyttet til ulike arter av objekter og disposisjoner. I forhold til factoringpant er det sentrale spørsmålet om det er dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse. Dekningsloven § 5-7 omhandler ”sikkerhetsstillelse for eldre gjeld”. I dekningsloven § 5-5, som regulerer omstøtelse av ekstraordinær betaling, er det tatt inn en egen bestemmelse i fjerde ledd som presiserer at ”som betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer”. Ordlyden taler således i utgangspunktet klart for at det er spesialregelen i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd som kommer til anvendelse ved omstøtelse av factoringpant. Det har imidlertid i teorien vært noe uenighet i forhold til om det er dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse ved omstøtelse av factoringpant.

Med tyngde har det blitt anført at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd må tolkes innskrenkende når det gjelder factoringpant. Som det vil fremkomme av fremstillingen under kan det stilles spørsmål ved om unntaket i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd bare tar sikte på tradisjonell factoring. I dette avsnittet vil jeg derfor foreta en nærmere gjennomgang av hvilke momenter som gjør seg gjeldene ved vurderingen av hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse.

---

<sup>44</sup> Andreassen (1990) s 429

## 5.1 Lovgivers bakgrunn for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd

Slik dekningsloven § 5-7 er utformet, vil denne bestemmelsen i utgangspunktet ramme all pantsettelse og annen sikkerhetsstillelse skyldneren har foretatt for eldre gjeld senere enn tre måneder før fristdagen. Bestemmelsen er således relativt firkantet og den gir anvisning til en ren objektiv vurdering (med unntak av vurderingen knyttet til rettsvern i bokstav b). I forhold til tradisjonell factoring, vil slik sikkerhetsstillelse dersom den skulle falle inn under dekningsloven § 5-7, alltid kunne omstøtes gitt at bestemmelsens vilkår er oppfylt. Dersom slik factoring skulle falle inn under bestemmelsen i den nåværende dekningsloven § 5-7, ville man således risikere omstøtelse av de løpende oversendelser av nye fordringer til factoringselskapet.<sup>45</sup> Dette ville på mange måter svekke og stride mot ordningen slik den fungerte i praksis.

Konkurslovutvalget, som hadde som mandat og blant annet gjennomgå konkurslovgivningen, pekte i NOU 1972:20 s 295 på problemstillingen skissert ovenfor:

*”Utvalget har vært noe i tvil om hvorvidt det er riktig å statuere en ubetinget adgang til omstøtelse i disse tilfellene. Ser man factoringkontrakten som en helhet, kan det jo sies at det dreier seg om en regulær kortsiktig kredittordning, hvor sikkerheten har visse likhetstrekk med sikkerhet i et tingsinnbegrep.”*

På denne bakgrunn hadde utvalget i utgangspunktet tatt inn en bestemmelse med følgende ordlyd:

"Som betaling ansees også pantsettelse og sikringscession av enkle fordringer".

Ved å rubrisere pantsettelse og sikringscession som betaling, var tanken at ordinær - reservasjonen som oppstilles i (nåværende) dekningsloven § 5-5 ville skjerme disposisjoner foretatt som del av en etablert factoringavtale mot omstøtelse. Slike disposisjoner ville kunne klassifiseres som ordinære og dermed styre unna omstøtelse. Forslaget fikk imidlertid ikke tilslutning fra de øvrige nordiske landene. Da det var lagt opp til et utstrakt nordisk lovsamarbeid på området, fant utvalget det da riktigst å oppgi forslaget.

---

<sup>45</sup> Huser (1992) s 252

Med bakgrunn i utvalgets vurderinger kom bestemmelsen imidlertid inn i varmen etter departementets vurderinger.<sup>46</sup> I departementets drøftelser fremheves særlig at massen av kundefordringer ved factoring bør anses som et hele. I tillegg ble det fremhevet at en slik tankegang harmoniserer med reglene i panteloven av 1980 som gir parallelle regler i forhold til overdragelse i sikringsøyemed og pantsetting av enkle fordringer.

Etter dette følger det at pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer skal anses som betaling i relasjon til dekningsloven § 5-5. Som nevnt har dette den praktiske konsekvens at det ved en omstøtelsesvurdering blant annet må foretas en vurdering i forhold til om betalingen (dvs. sikkerhetsstillelsen) fremsto som ordinær. Etter dette kan lovgivers motivasjon for å innføre bestemmelsen i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd dels sies å være harmoniseringshensyn mellom panteloven og dekningsloven, og dels var det et ønske å begrense omstøtelsesadgangen i de tilfeller hvor det er gitt sikkerhet i enkle fordringer og denne sikkerheten ikke er begrenset til eksisterende fordringer. Det synes som om det i forarbeidene er forutsatt at alle fordringer som oppstår under omstøtelsesfristen er nytt pant for eldre gjeld og dermed ville vært omstøtelig etter dekningsloven § 5-7. Dette synet er knyttet til at man i forarbeidenes diskusjon tilsynelatende kun har hatt i tankene tradisjonell factoring og pantsettelse av enkle fordringer.<sup>47</sup>

I det følgende vil holdbarheten i et slikt syn bli gjennomgått. Som det vil fremkomme har rettsvernet relevans i forhold til hvordan pantsettelsen bør vurderes i omstøtelsessammenheng. Jeg vil derfor først gjøre rede for hvordan pantsettelsen bør tidfestes. Fokus er rettet mot panterett i fordringer som enda ikke er oppstått på avtaletidspunktet.

## 5.2 Er lovgivers bakgrunn for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd holdbar?

Panteloven åpner som kjent for samlet pantsettelse av sammensetninger av formuesgoder, for eksempel løsørekomplekser som driftstilbehør eller varelager, såkalt pant i tingsinnbegrep. I relasjon til factoringpant vil det ha betydning i forhold til omstøtelsesreglene hvorvidt pantsettelsen anses som et tingsinnbegrepspant eller ikke.

---

<sup>46</sup> Ot. prp. nr. 50 (1980-1981) s 167

<sup>47</sup> Skoghøy (2003) s 446

I det tilfelle at factoringpant ikke anses som pant i tingsinnbegrep, må det ha som konsekvens at fremtidige krav som omfattes av factoringpantavtalen, ikke kan anses oppstått ved etablering av panteretten. Slike krav må da anses å oppstå når de kommer til rettslig eksistens, dvs. når vilkårene for kravet rent faktisk er oppfylt.<sup>48</sup> En følge av et slikt syn er at krav som kommer til rettslig eksistens innenfor tremånedersfristen i omstøtelsesreglene kan omstøtes dersom vilkårene ellers er oppfylt. I følge forarbeidene er det slike tilfeller dekningsloven § 5-5 fjerde ledd er ment å ta opp i seg. Dersom dekningsloven § 5-7 skulle anvendes på slike tilfeller ville konsekvensen bli at alle fordringer som oppstår innenfor tremånedersfristen ville kunne omstøtes gitt at de øvrige vilkårene er til stede. Ordinærreservasjonen i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd vil i slike tilfelle føre til at disposisjonen i gitte tilfeller kan gå klar av omstøtelsesadgangen. I henhold til denne bestemmelsen er disposisjonen ikke omstøtelig dersom den ”etter forholdene allikevel fremtrådte som ordinær”. Tankegangen må etter dette ha vært at factoring i tradisjonell forstand må anses som ordinært som sådan.

Etter min vurdering er det imidlertid mye som taler for å anse samlet underpantsettelse av enkle pengekrav som et tingsinnbegrep. Gjør man dette faller mye av lovgivers argumentasjon i forhold til dekningsloven § 5-5 fjerde ledd bort. I følge ordlyden i panteloven § 4-10 er det klart at enkle pengekrav kan pantsettes samlet. Som nevnt gir bestemmelsen også anledning til å pantsette fremtidige krav. Det synes ut fra dette klart at panteobjektet må sees på som en helhet. Dette harmonerer også med adgangen til pantsettelse av driftstilbehør og varelager etter henholdsvis panteloven § 3-4 og § 3-11. Både § 3-4 og § 3-11 refererer til panteobjektet i sin helhet og hvordan det er til enhver tid. Tilsvarende må gjelde for samlet pantsettelse av pengekrav etter panteloven § 4-10. Også harmoneringshensyn mellom de ulike reglene i panteloven tilsier dette. Gitt situasjonen hvor pantsetter har tinglyst factoringpantavtalen, vil panthaver ha sikkerhet i den til enhver tid bestående samling av pantsetters enkle pengekrav. Når pantet har rettssikkerhet gjennom tinglysning vil fremtidige formuesgoder inngå i pantemassen etter hvert som de oppstår. Factoringpantet vil da som helhet ha rettsvern ved dagbokføringen av tinglysningsdokumentet.

---

<sup>48</sup> Andreassen (1990) s 401

I forarbeidene til dekningsloven uttaler utvalget: ”i den utstrekning senere diskonterte fordringer hefter til sikkerhet for utbetalinger til bedriften på tidligere diskonterte fordringer som ikke blir innfridd av debitor cessus, foreligger det sikkerhetsstillelse for eldre gjeld som rammes av nærværende paragraf [dekningsloven § 5-7]”.<sup>49</sup> Uttalelsen tyder på at utvalget ikke har ansett ordningen som et tingsinnbegrep, men som en serie enkeltoverdragelser. For å unngå omstøtelse i slike tilfeller åpnet man som nevnt for at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd skulle komme til anvendelse. Samtidig fremkommer det av forarbeidene at en factoringkontrakt må ses på som en helhet: ”ser man factoringkontrakten som en helhet, kan det jo sies at det dreier seg om en regulær kortsiktig kredittordning, hvor sikkerheten har visse likhetstrekk med sikkerhet i et tingsinnbegrep”.<sup>50</sup> Uttalelsene i forarbeidene synes å være knyttet til tradisjonell factoring. Som det fremkom ovenfor kan det argumenteres for at tinglyst pantsettelse av utestående fordringer etter panteloven § 4-10 ikke bare har likhetstrekk med tingsinnbegrep, men må anses som fullverdig tingsinnbegrep. Dette må ha som konsekvens at ingen factoringpantavtaler som oppnår rettsvern som går klar av omstøtelsesfristen kan omstøtes etter de objektive omstøtelsesreglene. Legger en dette til grunn faller lovgrunnen for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd bort. Som en konsekvens av dette kan det derfor være riktig å tolke dekningsloven § 5-5 fjerde ledd innskrenkende i nevnte tilfelle, slik at det er dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse. Dette synet støttes av blant annet Huser<sup>51</sup> og Andreassen<sup>52</sup>. Brækhus på sin side har fremsatt en slags mellomløsning. Denne vil bli drøftet under pkt. 5.5.

Diskusjonen ovenfor hvor det argumenteres med at lovgivers bakgrunn for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd faller bort dersom man anser factoringpantet å være et tingsinnbegrep, er tuftet på at factoringpantet oppnår rettsvern gjennom tinglysning. Det er nettopp denne sikringsakten som rettferdiggjør at factoringpantet sees som et tingsinnbegrep. Dersom pantavtalen derimot ikke har rettsvern gjennom tinglysning i Løsøreregisteret står en ovenfor en rekke enkeltstående disposisjoner, som anses foretatt

---

<sup>49</sup> NOU 1972: 20 s 295

<sup>50</sup> NOU 1972: 20 s 295

<sup>51</sup> Huser (1992) s 254

<sup>52</sup> Andreassen (1990) s 426

når den enkelte debitor cessus har fått melding om pantsettelsen.<sup>53</sup> Dette må ha som konsekvens at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd vil kunne anvendes på forholdet. Etter dette er spørsmålet i forhold til hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse på omstøtelse av factoringpant avhengig av rettsvernet.

Det er i teorien noe uenighet i forhold til om dekningsloven § 5-5 fjerde ledd kommer til anvendelse i forhold til omstøtelse av factoringpant. På den ene siden står som nevnt ovenfor Huser<sup>54</sup> og Andreassen<sup>55</sup> med delvis støtte fra også Brækhus<sup>56</sup>. På den andre siden står Andenæs<sup>57</sup> og Skjerdal<sup>58</sup> som hevder at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd bør komme til anvendelse på alle former for pantsettelse av enkle pengekrav. Skjerdal gjeldene at spørsmålet om pantsettelsesadgangens ramme må ha vært en synbar problemstilling for dekningslovkonsipistene. Han gjør på bakgrunn av dette og den klare ordlyden i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd gjeldene at det ville vært naturlig å la en eventuell begrensning i bestemmelsen komme til uttrykk i ordlyden eller i alle fall gjennom kommentarer i forarbeidene. Hans argumentasjon går således i grove trekk ut på at han mener det ikke er tilstrekkelig holdepunkter i forhold til å tolke dekningsloven § 5-5 fjerde ledd innskrenkende. Andenæs viser til at ordlyden i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd ikke inneholder noen begrensning. Videre argumenterer han for at det på tross av at forarbeidene begrunner bestemmelsen med at panthaveren får rådighet over pengekravet, ikke fremkommer at bestemmelsen skal være begrenset til slike tilfelle.

### 5.3 Betydningen av om det er dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse ved omstøtelse

I utgangspunktet synes dekningsloven § 5-5 fjerde ledd og dekningsloven § 5-7 å være nokså like. Spørsmålet er således hvilken konsekvens det har om dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 kommer til anvendelse ved omstøtelse av factoringpant.

---

<sup>53</sup> Huser (1992) s 254

<sup>54</sup> Huser (1992) s 253-254

<sup>55</sup> Andreassen (1990) s 424-426

<sup>56</sup> Brækhus i RG 1990.299 (voldgift)

<sup>57</sup> Andenæs (1999) s 244-245

<sup>58</sup> Skjerdal (1995) s 269



Rettsvirkningene i de to bestemmelsene er like. Resultatet av vurderingen er at enten er disposisjonen omsøtelig eller så er den det ikke. Dette fremkommer klart av dekningsloven § 5-11 som har som overskrift ”Virkningen av omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8.” I første ledd i dekningsloven § 5-11 heter det: ”Dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon.”

Hovedforskjellen mellom dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7 ligger i vilkårsdelen av bestemmelsene. Vurderingene som gjøres etter dekningsloven § 5-5 er som nevnt mer sammensatte og skjønnsmessige i den forstand at disposisjonen også må vurderes i forhold til ordinær-reservasjonen. Dersom disposisjonen fremstår som ordinær kan disposisjonen ikke omstøtes. Dette vil ha som praktisk konsekvens at det i utgangspunktet kan være vanskeligere å få en disposisjon omstøtt etter dekningsloven § 5-5 enn etter dekningsloven § 5-7. Aktørene i en omstøtelsessak vil således kunne ha ulike preferanser i forhold til hvilken av de to bestemmelsene som bør komme til anvendelse. Konkursboet vil for eksempel normalt foretrekke at dekningsloven § 5-7 kommer til anvendelse.

#### 5.4 Dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 – en konklusjon

I utgangspunktet er det etter ordlyden i dekningsloven § 5-5 fjerde nokså klart at factoringpant skal kunne omstøtes etter denne bestemmelsen. Således blir spørsmålet om det foreligger gode nok grunner til å tolke bestemmelsen innskrenkede. Som nevnt gir verken forarbeidene eller rettspraksis helt klare og autoritative svar og som det fremkom i avsnittet ovenfor er det i teorien noe uenighet om hva som er den rette betraktningssmåten. Etter min vurdering bør en på generelt grunnlag i utgangspunktet ha nokså vektige grunner for å foreta en innskrenkende tolkning av ordlyden. Det er imidlertid på det rene at innskrenkende tolkning forekommer hyppig i vårt rettssystem.

Etter mitt syn må det ved vurderingen av hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse være riktig å legge avgjørende vekt på om factoringpantet er å anse som et tingsinnbegrepspant eller ikke. Dersom factoringpant er å anse som et

tingsinnbegrepspant vil pantehaver ikke behøve å foreta en ny sikringsakt for hvert nye panteobjekt som inngår i tingsinnbegrepet. Den opprinnelige sikringsakt vil dekke formueskomplekset slik det til en hver tid fremstår. Dette samsvarer med hvordan pant i varelager fungerer og er utvilsomt en meget praktisk konstruksjon. Ordlyden i panteloven § 4-10 åpner for at pantsetter kan pantsette samlet nåværende og fremtidige krav. Videre er det adgang til at pantsetter beholder rådigheten og at pantavtalen tinglyses. Alt dette trekker i retning av at factoringpantavtalen er å anse som pant i tingsinnbegrep på lik linje med pant i varelager.

Legger man tingsinnbegrepstankegangen til grunn, ser man at det som i forarbeidene i hovedsak danner grunnlaget for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd, nemlig argumentasjonen om at stadig tilførsel av nye objekter i factoravtalen fører til uheldige virkninger dersom slike avtaler behandles under dekningsloven § 5-7, ikke er relevant. Legger man tingsinnbegrepstankegangen til grunn er jo nettopp denne dynamikken i fordringsmassen i denne sammenheng fraværende.

Basert på en slik tankegang må det være riktig å tolke dekningsloven § 5-5 fjerde ledd innskrenkende slik at det er dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse ved omstøtelse av factoringpant. Som nevnt ovenfor er det her forutsatt at pantet er tinglyst i Løsøreregisteret og at pantsetter beholder råderetten. Dette synet forfektes som nevnt av Huser og Andreassen. Synet synes også å samsvare med den begrensede rettspraksis som foreligger. En slik forståelse synes også å være lagt til grunn av Falkanger-utvalget som foretok en etterkontroll av konkurslovgivningen. Nevnte utvalg foreslo for øvrig å oppheve dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. <sup>59</sup>

Som nevnt ovenfor har Brækhus forfektet en slags mellomløsning i forhold til hvilken av bestemmelsene som skal komme til anvendelse. Dette synet er fremmet i den såkalte Bygg & Bo-dommen som vil bli gjennomgått nedenfor.

---

<sup>59</sup> NOU 1993: 16 s 123

## 5.5 Bygg & Bo-dommen

Det finnes ingen dommer fra Høyesterett som direkte omhandler omstøtelsesproblematikken som skissert ovenfor. Av foreliggende rettspraksis er det særlig voldgiftsdom avsagt av Sjur Brækhus (RG-1990-299) som direkte drøfter problemstillingen knyttet til anvendelse av dekningsloven § 5-5 fjerde ledd og dekningsloven § 5-7 på omstøtelse av factoringpant.

Saksforholdet var som følger: Bygg & Bo Flisa AS gikk konkurs 8. mars 1989. I august 1988 hadde selskapet som en del av avtale om kassakreditt pantsatt sine utestående fordringer til fordel for Sparebanken Hedmark. Avtalen innebar at Bygg & Bo beholdt råderetten over fordringene, med andre ord var det avtalt underpant. På grunn av en del rot i selskapet knyttet til det administrative, var panteretten ikke blitt tinglyst før ca. 10 uker etter at selskapet hadde begynt å trekke på kassakreditten. Ved konkursåpning var panteretten ikke tiltrådt. På grunn av det lange tidsrommet før tingslysningen var det klart at dekningsloven § 5-7 litra b ville kunne komme til anvendelse. Det interessante spørsmålet som ble drøftet i dommen var om dekningsloven § 5-5 fjerde ledd kunne gis anvendelse på tilfellet eller om denne bestemmelsen må tolkes innskrenkende.

Spørsmålet om hvilken bestemmelse som skulle komme til anvendelse har som nevnt ovenfor betydning på grunn av den noe lempeligere regel i dekningsloven § 5-5.

Retten konkluderer i dommen med at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd må tolkes innskrenkende. Dette begrunnes blant annet med at panteavtalen slik den forelå (underpant) i saken ikke kunne anses som betaling etter dekningsloven § 5-5:

” Sålenge pantsetteren betjener det underliggende gjeldsforhold kontraktsmessig, vil de pantsatte fordringer ikke gi noe bidrag til dekning av pantsetterens forpliktelse overfor panthaveren, og kan da ikke sies å tjene som betaling av denne forpliktelse. Hvorledes skal man i tilfelle avgjøre om en slik mulig betaling (som ikke har funnet sted) er "foretatt ... før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne"? ”<sup>60</sup>

Dommen begrunner med andre ord den innskrenkende tolkningen med bakgrunn i at avtale om en ren underpantordning fraviker den likhet mellom betaling og

---

<sup>60</sup> RG-1990-299 s 307

sikkerhetsstillelse som utgjør lovgrunnen for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. I forlengelsen av dette problematiseres i dommen betalingsbegrepets anvendelse på underpant, jfr. det siterte avsnittet ovenfor. I følge dommen er det vanskelig å tale om betaling før pantehaver tiltrer sitt pant.

Videre fremheves det i dommen at lovgiveren nok ikke har tenkt seg at det skulle være adgang til å etablere et tinglyst en bloc underpant i de enkle krav pantsetteren har til enhver tid.

Hvilken holdbarhet er det så i disse argumentene? Skjerdal er kritisk til dommen.<sup>61</sup> Han anfører i første rekke at uttalelser i forarbeidene til dekningsloven og panteloven sammenholdt med reelle hensyn ikke er tilstrekkelig til å fravike den klare ordlyden i dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. Skjerdal anfører at spørsmålet om bruken av enkle pengekrav som generelt kredittsikringsobjekt neppe kan ha vært ukjent under arbeidet med og vedtakelsen av dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. Som støtte for dette argumentet argumenterer Skjerdal blant annet for at arbeidet med ny pantelov må sees i sammenheng med arbeidet med dekningsloven. Arbeidet med ny pantelovgivning lå hele tiden i forkant av arbeidet med ny dekningslov. Skjerdal anfører at teoriens innskrenkende tolkning av dekningslovens § 5-5 fjerde ledd i for liten grad tar hensyn til pantelovens forarbeider. Pantelovutvalget drøftet nemlig inngående spørsmålet om det burde være adgang til å pantsette enkle pengekrav.<sup>62</sup> Det synes klart at departementet var enig i den foreslåtte vide pantsettelsesadgangen for enkle pengekrav.<sup>63</sup> Skjerdal spør på bakgrunn av dette om det er mulig om departementet under arbeidet med dekningsloven ikke overskuet pantelovens vide pantsettelsesramme for enkle krav. Skjerdal svarer benektende på dette.<sup>64</sup> Skjerdal argumenterer for at dersom lovgiver hadde ønsket å begrense anvendelsen av dekningsloven § 5-5 fjerde ledd etter pantekravets art ”er det da eiendommelig at dette ikke fikk sitt uttrykk i lovteksten, eller i alle fall ikke ble klarere understreket i motivene, især i dekningslovsproposisjonen.”<sup>65</sup> Hva så med argumentet i dommen om at en underpantordning fraviker den likhet mellom betaling og sikkerhetsstillelse som utgjør lovgrunnen for dekningsloven § 5-5

---

<sup>61</sup> Skjerdal (1995)

<sup>62</sup> Rådsegn 8 (NUT 1970:2)

<sup>63</sup> Ot. prp. nr. 39 (1977-1978)

<sup>64</sup> Skjerdal (1995) s 268

<sup>65</sup> Skjerdal (1995) s 269

fjerde ledd? Også her viser Skjerdal til forarbeidene og fremhever at pantelovens cessionsmodell fra første stund ble foreslått fravikelig.<sup>66</sup>

Slik det fremkommer ovenfor er det min mening at panteavtalen slik den forelå i dommen må anses som et tingsinnbegrep. Dette må etter min mening ha som konsekvens at lovgrunnen for dekningsloven § 5-5 fjerde ledd i all hovedsak faller bort i forhold til ovennevnte tilfelle. Det synes derfor etter min mening å være riktig å anvende dekningsloven § 5-7 på nevnte tilfelle. Usikkerheten i forhold til hva som har vært lovgivers motiver og anvendelsesområde i forhold til dekningsloven § 5-5 fjerde ledd er etter min mening ikke tilstrekkelig til å rokke ved de reelle hensyn som taler for å benytte dekningsloven § 5-7 på nevnte tilfelle. Skjerdal tar i sin kritikk av dommen etter min mening for lite hensyn til dette tingsinnbegrepperspektivet.

Oppsummert fant retten altså at det var dekningsloven § 5-7 bokstav b som i dette tilfellet måtte komme til anvendelse. Begrunnelsen var at betalingsregelen i dekningsloven § 5-5 er vanskelig å anvende ved underpant og at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd bare var ment å ramme det tradisjonelle factoringpant.

Dommen begrenser seg imidlertid ikke til å forfekte en innskrenkende tolkning av dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. Det fremkommer nemlig i dommen at disposisjonen kun skal gjelde som en panterett som faller inn under dekningsloven § 5-7 *før* tiltredelse. Etter tiltredelse skal disposisjonen i følge dommen vurderes som betaling etter dekningsloven § 5-5:

”først fra det tidspunkt da panthaveren tiltrer sitt pant, eller mer nøyaktig, først fra det tidspunkt da de respektive debitorer er notifisert etter panteloven § 4-5, slik at rådigheten over vedkommende fordringer er gått over til panthaveren, anses pantsettelsen å innbære en betaling undergitt omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-5.”<sup>67</sup>

I henhold til det som fremkommer ovenfor legger altså dommen opp til at en og samme disposisjon i visse tilfeller skal subsumeres under dekningsloven § 5-7 for så i andre tilfeller og skulle subsumeres under dekningsloven § 5-5. Skjerdal kritiserer en slik

---

<sup>66</sup> Skjerdal (1995) s 270

<sup>67</sup> RG 1990 299 s 307

tankegang.<sup>68</sup> En slik både-og-løsning vil gjøre at panthaver i praksis sitter med meget gode kort. At en og samme disposisjon ikke vil kunne rammes av både dekningsloven § 5-5 dekningsloven § 5-7 er for øvrig også antatt av Huser.<sup>69</sup> Gitt at utgangspunktet er som ovenfor, nemlig at utgangspunktet for omstøtelse er dekningsloven § 5-7, og gitt at panthaver også etter konkursåpning kan tiltre pantet, vil panthaver når konkursboet fremmer sitt omstøtelseskrav kunne tiltre pantet med den følge at vurderingen knyttet til omstøtelse må foretas etter dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. Ordinærreservasjonen i denne bestemmelsen gjør som kjent omstøtelsesadgangen mindre enn etter dekningsloven § 5-7. Det at panthaver tiltre pantet i en situasjon hvor pantsetter går konkurs må jo anses å være ordinært. En panterett som i utgangspunktet ville kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-7 kan derfor i prinsippet beskyttes mot omstøtelse ved å tiltre pantet. Som påpekt av Skjerdal har dette videre som følge at dersom panthaver står fritt til å tiltre pantet når som helst, vil dekningsloven § 5-7 alltid kunne unngås.<sup>70</sup> Dommen kan i følge Skjerdal neppe leses på en slik måte. Hva om man så legger til den begrensning at pantet når som helst kan tiltres, men kun før boet påberoper seg omstøtelse etter dekningsloven § 5-7? En slik løsning virker lite fornuftig. Det ville i så fall ha som konsekvens at det nærmest ville oppstå et kappløp mellom partene i forhold til å kreve disposisjonen omstøtt og å tiltre pantet. Skjerdal oppstiller et tredje alternativ, nemlig at panthaver ikke kan tiltre pantet etter boåpning slik at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd bare er aktuell ved tiltredelse før konkursåpning. Også en slik løsning gir noe underlige og tilfeldige resultater. Gitt for eksempel at panteretten er etablert med rettsvern mer enn 3 måneder før konkursbegjæringen kommer inn til tingretten slik at disposisjonen faller utenfor dekningsloven § 5-7. Dersom panthaver derimot skulle tiltre pantet, vil en ny omstøtelsesfrist starte å løpe. Slik det fremkommer i dommen vil denne fristen være knyttet til dekningsloven § 5-5 og ha som konsekvens at panthaver setter seg i en uheldig situasjon. I ytterste konsekvens vil løsningen som forfektes i dommen med andre ord føre til at en panterett som i utgangspunktet er uomstøtelig etter dekningsloven § 5-7 vil kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Basert på det ovennevnte synes det klart at tiltredelse som skjæringspunkt for hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse neppe kan være riktig.

---

<sup>68</sup> Skjerdal (1995) s 272 og 273

<sup>69</sup> Huser (1992) s 248

<sup>70</sup> Skjerdal (1995) s 272

Tiltredelsesperspektivet i dommen lar seg heller ikke forene med tingsinnbegreppsynspunktet som er forfektet tidligere i oppgaven. Det kan neppe være holdbart at panteretten er et tingsinnbegrep på sikringsstadiet men ikke på dekningsstadiet.

Avslutningsvis finner jeg det naturlig å kort vurdere hvilken rettskildemessig betydning dommen har. Rettspraksis kan i gitte tilfeller ha meget stor rettskildemessig betydning. Dog er dette knyttet til Høyesteretts praksis. Voldgiftsdommer har i utgangspunktet liten betydning som rettskildefaktor.<sup>71</sup> Det er derfor ikke grunn til å tro at denne dommen vil bli tillagt avgjørende vekt ved avgjørelsen av tilsvarende problemstilling for retten. Imidlertid er den fra et teoretisk perspektiv interessant fordi den i tillegg til å drøfte anvendelsen av dekningsloven § 5-5 og § 5-7 også som det fremkommer ovenfor anlegger et noe spesielt perspektiv på hvilken effekt tiltredelse av pantet kan ha.

## **6 Nærmere om vilkår for omstøtelse av factoringpant**

### **6.1 Innledning**

I avsnittene ovenfor har jeg redegjort for hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse ved omstøtelse av factoringpant samt redegjort for diverse forhold av betydning for omstøtelsesadgangen, herunder når pantsettelsen må anses foretatt og når gjelden må anses pådratt.

Som det fremkommer er det min mening at dekningsloven § 5-5 fjerde ledd må tolkes innskrenkende i visse tilfeller. Således vil både dekningsloven § 5-5 fjerde ledd og dekningsloven § 5-7 kunne komme til anvendelse. I dette avsnittet vil jeg først og fremst se nærmere på vilkårene for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5. Sammenlignet med dekningsloven § 5-7 er dekningsloven § 5-5 noe mer sammensatt og det er derfor grunn til å foreta en nærmere drøftelse i forhold til hvordan bestemmelsen kan anvendes

---

<sup>71</sup> Eckhoff (2001) s 163

på omstøtelse av factoringpant. Videre vil jeg kort redegjøre for omstøtelsesadgangen etter dekningsloven § 5-9.

Dekningsloven § 5-5 inneholder regler for omstøtelse av visse bestemte tilfeller av gjeldsbetalinger. Som det fremgår av fjerde ledd anses som betaling også pantsettelse. Bestemmelsen rammer en eventuell omstøtelse på objektivt grunnlag.

I likhet med dekningsloven § 5-7 tar dekningsloven § 5-5 utgangspunkt i en tremånedersfrist. Men etter dekningsloven § 5-5 er det ikke tilstrekkelig for omstøtelse at panteretten er etablert innen denne fristen. Bestemmelsen oppstiller i tillegg tre alternative vilkår for når omstøtelse kan finne sted. For det første kan omstøtelse være aktuelt dersom betalingen er foretatt med usedvanlig betalingsmiddel. For det andre kan omstøtelse være aktuelt dersom betalingen er foretatt før normal betalingstid. Og for det tredje kan omstøtelse være aktuelt dersom betalingen er foretatt med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne. For alle disse vilkårene oppstiller imidlertid loven en begrensning, omstøtelse kan bare skje dersom betalingen ”etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær”. Som jeg allerede har nevnt fører denne reservasjonen til at det kan ha reell betydning om det er dekningsloven § 5-5 fjerde ledd eller dekningsloven § 5-7 som kommer til anvendelse.

I det følgende vil jeg gjennomgå de ulike alternativene i dekningsloven § 5-5 sett i lys av omstøtelse av factoringpant.

## 6.2 Betaling med ”usedvanlig betalingsmiddel”

Det mest vanlige betalingsmidlet er åpenbart penger. Vilkåret retter seg derfor først og fremst mot andre betalingsmidler enn penger. I følge Andenæs er utgangspunktet ved tolkningen av uttrykket ”usedvanlig betalingsmidler” om betalingsmidlet etter sin art er usedvanlig.<sup>72</sup>

Samlet pantsettelse av enkle pengekrav er svært vanlig og forekommer innen de fleste bransjer. Banker vil for eksempel svært ofte sikre sitt engasjement gjennom sikkerhet i

---

<sup>72</sup> Andenæs (1999) s 247



både varelager/driftsmidler og utestående fordringer. Det må på bakgrunn av dette legges til grunn at samlet pantsettelse av enkle pengekrav etter panteloven § 4-10 normalt ikke kan omstøtes på bakgrunn av at sikkerhetsstillelsen anses som betaling med "usedvanlig betalingsmiddel".<sup>73</sup>

Det avgjørende i denne sammenhengen er at betalingsmidlet er avtalt mellom partene før eller samtidig med at skyldneren pådro seg gjelden.<sup>74</sup> Det er grunn til å nevne at avgjørelsen knyttet til om betalingsmidlet anes å være usedvanlig vil kunne avhenge av om det er snakk om avtale om enkeltvis pantsettelse eller samlet pantsettelse. I denne sammenheng er det samlet pantsettelse som er av interesse.

### 6.3 Pantet er etablert "før normal betalingstid"

Dekningsloven § 5-5 åpner for omstøtelse i tilfeller hvor betaling, eller etablering av pantet, er foretatt før normal betalingstid. Bestemmelsen tar særlig sikte på å ramme tilfeller hvor skyldneren forut for en konkurssituasjon betaler enkelte kreditorer før forfall og på denne måte forfordeler denne kreditoren. Tidspunktet for når pantet må anses etablert har jeg tidligere drøftet i pkt. 4.2. Det vises til fremstillingen der. Oppsummert kan sies at pantsettelsen må anses foretatt på det tidspunkt den gyldige panteavtalen oppnår vern mot pantsetters kreditorer, jfr. dekningsloven § 5-10.

### 6.4 Pantet har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne

Det tredje alternativet for omstøtelse i dekningsloven § 5-5 er at betalingen/pantsettelsen betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne. I forarbeidene er det presisert at det ved vurderingen av beløpets størrelse skal sees hen til skyldnerens "omsetning og vanlige kreditt".<sup>75</sup> Således er det ikke den absolutte størrelsen på beløpet som er avgjørende. Dersom det innenfor omstøtelsesfristen oppstår flere krav, som hver for seg er ubetydelige, men som samlet sett er betydelige, må disse legges sammen ved vurderingen.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Andreassen (1990) s 437

<sup>74</sup> Andenæs (1999) s 248

<sup>75</sup> NOU 1972:20 s 291

<sup>76</sup> Andreassen (1990) s 438

## 6.5 Er disposisjonen allikevel ordinær?

Etter dekningsloven § 5-5 er det ikke tilstrekkelig at ett av de tre nevnte alternativene er oppfylt. Disposisjonen må i tillegg gå klar av ordinærreservasjonen som oppstilles i samme bestemmelse. I bestemmelsens første ledd fremkommer at omstøtelse bare kan skje dersom ”betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær”. Denne ordinærreservasjonen gjør at bestemmelsen skiller seg nokså markant fra dekningsloven § 5-7 hvor bestemmelsen ikke er underlagt en slik begrensning. Den praktiske konsekvensen av forskjellen er at det for konkursboet er vanskeligere å få en disposisjon omstøtt etter dekningsloven § 5-5 enn etter dekningsloven § 5-7.

Ved vurderingen av om en betaling eller pantsettelse skal anses som ordinær, vil det være avgjørende hvilke formål som ligger bak pantsettelsen eller betalingen. Hensikten med omstøtelsesreglene er blant annet å beskytte kreditorfellesskapet mot illojale disposisjoner. Ved vurderingen av om disposisjonen allikevel anses å være ordinær vil det derfor være naturlig å vurdere om betalingen eller pantsettelsen har et aktverdig formål, eller om den tvert i mot er å anse som illojal overfor kreditorfellesskapet.<sup>77</sup>

Ved vurderingen av om disposisjonen allikevel kan anses å være ordinær må det foretas en konkret vurdering av forholdene knyttet til disposisjonen. Dette fremkommer blant annet i Rt. 1982 s 1232 (Ruud & Ziener A/S). Saksforholdet var kort fortalt som følger: På grunn av uenighet om betaling for et bygg oppført av et entreprenørfirma (Ruud & Ziener A/S), betalte byggherren bare delvis de fakturaer som ble utstedt. For å kunne fullføre prosjektet fikk entreprenørfirmaet anledning av banken til å trekke på kassakreditten mot at banken forbeholdt seg å få transport på fakturaer entreprenørfirmaet utstedet i forbindelse med prosjektet.

Da Ruud & Ziener A/S senere gikk konkurs reiste konkursboet krav om å få omstøtt de fordringer som var transportert til banken i løpet av de 3 siste månedene før fristdagen. Konkursboets omstøtelseskrav ble ikke tatt til følge. Dette på tross av at disposisjonen neppe kunne klassifiseres som foretatt med ordinært betalingsmiddel. Avgjørende var i følge førstvoterende at: ”man står overfor et gjensidig bebyrdende forhold basert på en vurdering av hva som alt i alt måtte anses for å være den beste løsningen for

---

<sup>77</sup> Andreassen (1990) s 438

entreprenørfirmaet i den spesielle situasjonen som forelå”.<sup>78</sup> Høyesteretts argumenter bygger på den som nå utgjør ordinærreservasjonen i dekningsloven § 5-5. Avgjørelsen viser også hvordan vurderingen gjøres konkret.

I eksemplet ovenfor var ordinærreservasjonen knyttet til betaling med usedvanlig betalingsmiddel. Når det gjelder ordinærreservasjonen i tilknytning til usedvanlig betalingsmiddel kan det synes noe søkt at en betaling foretatt med usedvanlig betalingsmiddel samtidig kan være ordinær. I følge Huser skal det ved avgjørelsen av om et usedvanlig betalingsmiddel skal kunne anses å være ordinært legges vekt på ”om betalingen fremtrådte som begrunnet i andre bestemte forhold enn debtors mangel på sedvanlige betalingsmidler”.<sup>79</sup> Et eksempel på slik begrunnelse kan være hensiktsmessigheten ved betalingsmidlet. Jo mer hensiktsmessig betalingsmidlet fremstår, jo mer ordinært må det også anses å være.

Når det gjelder ordinærreservasjonen i forhold til betaling før normal betalingstid, nevnes det i forarbeidene ulike eksempler på når ordinærreservasjonen normalt slår inn. Blant annet må det anses å være ordinært dersom skyldneren for å være ute i god tid betaler et par dager før forfall. Videre nevner forarbeidene som eksempel at skyldneren innfrir gjelden før normal betalingstid i forbindelse med konvertering til nytt lån med bedre betingelser.<sup>80</sup>

Hvordan slår så ordinærreservasjonen inn i de tilfeller hvor det er etablert avtale om factoringpant? Som kjent innebærer en slik avtale gjerne et visst dynamisk element ved at også fremtidige fordringer inngår i pantet. Dersom pantsetter går konkurs kan en stille spørsmål om de krav som oppstår innen 3 månedersfristen vil kunne omstøtes. Som det tidligere i oppgaven er gjort rede for er det naturlig å anse panteavtalen som et hele. Videre er det på det rene at avtalens karakter og hensikt ikke gjør det illojalt av panthaver å gjøre pantretten gjeldene for de krav som er oppstått innen for tremånedersfristen. Gitt at panteavtalen er gyldig og har rettsvern må altså ordinærreservasjonen knyttes til vurderingen av panteavtalen som et hele. Dette må ha som konsekvens at dersom panteavtalen går klar av tremånedersfristen vil krav som oppstår som en del av avtalen ikke kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5.

---

<sup>78</sup> Rt. 1982 - 1232 s 1237

<sup>79</sup> Huser (1992) s 274

<sup>80</sup> NOU 1972: 20 s 291

Eventuell omstøtelse av panterett etter dekningsloven § 5-5 vil etter dette kunne foretas dersom panteavtalen faller innenfor tremånedersfristen og dersom panteretten må anses etablert til sikkerhet for eldre gjeld og panteretten enten må være etablert før normal forfallstid for hovedkravet eller i vesentlig grad har forringet pantsetterens betalingsevne.<sup>81</sup>

Sammenlignet med dekningsloven § 5-5 er vurderingen som foretas etter dekningsloven § 5-7 av enklere karakter. Når det gjelder vurderingen knyttet til dekningsloven § 5-7 vises det til tidligere drøftelse i oppgaven.

## 6.6 Omstøtelse av factoringpant etter dekningsloven § 5-9

Både dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7 er såkalte objektive omstøtelsesregler. Dersom de objektive vilkårene i bestemmelsene er oppfylt, vil det være grunnlag for omstøtelse. Dette fører til at reglene er relativt enkle å forholde seg til både for pantsetter og panthaver. Reglene er imidlertid begrenset av en nokså snever tidsramme. Både dekningsloven § 5-5 og dekningsloven § 5-7 rammer som hovedregel kun disposisjoner foretatt senere enn tre måneder før fristdagen. Tidsfristen utvides til 2 år dersom disposisjonen er foretatt til fordel for skyldnerens ektefelle, samboer eller forlovede. Dekningsloven § 5-9 oppstiller en mye videre tidsramme. Etter denne bestemmelsen faller kun disposisjoner som er fullbyrdet tidligere enn 10 år før fristdagen utenfor omstøtelsesadgangen.

For at en disposisjon skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-9, er det ikke nok at de objektive vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. I tillegg kreves det at medkontrahenten "kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig." Omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 inneholder således et subjektivt element. I tillegg til det nevnte subjektive vilkåret krever omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 for det første at skyldnerens stilling var svak eller ble svekket ved disposisjonen. For det annet må disposisjonen på en utilbørlig måte enten begunstige en fordringshaver på de andres

---

<sup>81</sup> Andreassen (1990) s 441-442

bekostning, eller unndra skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne, eller forøke skyldnerens gjeld til dem.

Av de objektive grunnvilkårene som oppstilles i dekningsloven § 5-9 er det primært alternativet ”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning”, som er aktuelt i forhold til omstøtelse av factoringpant.<sup>82</sup> Bestemmelsen er først og fremst aktuell i de tilfeller hvor det er etablert pant til sikkerhet for eldre gjeld. Som kjent er det slike disposisjoner som vil kunne ramme kreditorfellesskapet.

I samsvar med drøftelsene ovenfor, er det også her naturlig å se på factoringpantavtalen som en helhet. Dette må i denne sammenheng gjelde uavhengig av hvordan avtalen skaffes rettsvern. På bakgrunn av dette er det naturlig at ordet ”disposisjon” i dekningsloven § 5-9 knyttes til inngåelsen av selve factoringpantavtalen.

Når det gjelder factoringpantavtaler er det grunn til å påpeke at slike avtaler først og fremst har interesse for næringsdrivende, jfr. panteloven § 4-10s krav om dette. At avtalen er inngått mellom næringsdrivende, herunder gjerne en bank, må ha betydning for vurderingene knyttet til dekningsloven § 5-9. På generelt grunnlag må det stilles høyt krav til de næringsdrivendes aktsomhetskrav i forhold til vurderinger knyttet til pantsetters økonomi og forholdene rundt pantsettelsen forøvrig. En bank som inngår factoringpantavtale med en næringsdrivende må i utgangspunktet antas å ha nær kjennskap til pantsetters økonomi og eventuelle andre forhold som kan gjøre at disposisjonen anses utilbørlig.

Kjells Markiser-dommen<sup>83</sup> gir anvisning på hvordan dekningsloven § 5-9 skal anvendes på factoringpant: ”Bestemmelsen gjelder omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro. Omstøtelse på dette grunnlag forutsetter at disposisjonen på en utilbørlig måte begunstiger en kreditor på bekostning av de øvrige, at debtors økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og at kreditor kjente eller burde ha kjent til dette og til de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Bestemmelsen gir anvisning på en helhetsvurdering, og rammer bare disposisjoner som etter en slik

---

<sup>82</sup> Andreassen (1990) s 443

<sup>83</sup> Rt-2001-1136

konkret vurdering fremstår som klart kritikkverdige, jf. Ot.prp.nr.50 (1980-1981) side 170-171, der det også gis anvisning på en mer moralsk vurdering av hva som til enhver tid bør være tillatt og ikke tillatt i kredittforhold.<sup>84</sup>

Som det fremkommer i dommen skal det foretas en helhetsvurdering. Videre fremkommer det at bestemmelsen kun er ment å ramme forhold som fremstår som klart kritikkverdige. Høyesterett antyder her at det ikke er nok at disposisjonen er kritikkverdig. Enn videre er det klart at bestemmelsens innhold vil kunne endres over tid, med andre ord en rettslig standard.

Virkningene av omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 er videre enn virkningene av omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 eller dekningsloven § 5-7. Virkningene av omstøtelse reguleres av dekningsloven § 5-12. Mens virkningene av omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 eller dekningsloven § 5-7 er knyttet til tilbakeføring av berikelsen, kan factoringpanthaver etter dekningsloven § 5-12 måtte erstatte boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjonen.

## **7 Lov om finansiell sikkerhetsstillelse**

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse trådte i kraft 1. juli 2004 og gjennomfører EU-direktiv 2002/47/EF. Det er i forarbeidene forutsatt at loven er lex specialis i forhold til konkursloven, panteloven og dekningsloven.<sup>85</sup> Det er således viktig å avklare om denne loven har noen konsekvens i forhold til omstøtelsesproblematikken som drøftet i denne oppgaven.

Direktivet som loven gjennomfører har som hovedmål å samordne insolvens- og panterettslige regler innen finansmarkedene i EU. På tross av at det er hensynet til europeiske finansmarkeder som er bakgrunn for loven, er det ikke noe vilkår for at loven skal komme til anvendelse at de involverte parter opererer på de europeiske finansmarkedene. På generelt grunnlag kan man si at loven om finansiell

---

<sup>84</sup> Rt 2001 s 1145

<sup>85</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004)

sikkerhetsstillelse innebærer en styrking av panthaverens interesser på bekostning av kreditorfellesskapet.

## 7.1 Lovens virkeområde

I henhold til lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 1 får loven anvendelse på "avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse". Med "avtale om finansiell sikkerhetsstillelse" menes avtale om overdragelse av eiendomsrett til finansiell sikkerhet og avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet, jfr. § 2 bokstav a. "Finansiell sikkerhet" defineres i bokstav c som: "kontante innskudd og finansielle instrumenter". Med "kontante innskudd" menes i henhold til bokstav d "innskudd i kredittinstitusjon og lignende kontante fordringer i enhver valuta, herunder pengemarkedsinnskudd". Det er noe usikkert hva som nærmere ligger i begrepet "kontante innskudd". I relasjon til factoringpant er spørsmålet om fordringene som typisk danner grunnlaget for slikt pant inngår i begrepet "kontante innskudd". I følge forarbeidene er ikke svaret gitt. Arbeidsgruppen som var nedsatt for å vurdere spørsmålet uttalte at alle enkle pengekrav bør inngå. Departementet argumenterte imidlertid for at det som inngår er "innskudd på konto i kredittinstitusjon og andre lignende enkle pengekrav".<sup>86</sup> Departementet argumenterte således for at ikke alle enkle pengekrav bør inngå. Det er etter dette grunn til å reise tvil om kundefordringer inngår i begrepet "kontante innskudd", forarbeidene gir etter min mening imidlertid ikke grunnlag for å fastslå dette bestemt.

§ 1 angir også hvem som faller inn under lovens bestemmelser. Det følger av denne bestemmelsen at loven blant annet gjelder for avtaler inngått mellom banker og kredittinstitusjoner på den ene siden og juridiske personer på den andre siden. Således vil loven i praksis kunne gjelde de typiske aktørene som inngår en factoringpantavtale, nemlig den næringsdrivende og hans bankforbindelse.

---

<sup>86</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s 19

## 7.2 Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5

Som kjent regulerer dekningsloven § 5-7 omstøtelsesadgangen for sikkerhetsstillelse knyttet til eldre gjeld. Spørsmålet i det følgende blir om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 har betydning på dette området.

Ordlyden i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 er som følger:

*Avtale om finansiell sikkerhetsstillelse kan inngås, finansiell sikkerhet kan stilles, og finansiell forpliktelse kan oppstå frem til tidspunktet for åpning av felles gjeldsforfølgning mot sikkerhetsstilleren. Er avtale inngått, sikkerhet stilt eller finansiell forpliktelse oppstått på dagen for, men etter tidspunktet for åpning av felles gjeldsforfølgning, står avtalen, sikkerhetsstillelsen eller kravet seg i forhold til fellesforfølgningen dersom sikkerhetshaveren var i aktsom god tro med hensyn til at fellesforfølgning var åpnet.*

*En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt.*

*Med felles gjeldsforfølgning menes gjeldsforhandling etter konkursloven, konkurs og offentlig administrasjon.*

I relasjon til dekningsloven § 5-7, er det ovennevnte lovbestemmelses andre ledd som er av særlig interesse. Der fremkommer det at en sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt. I forarbeidene er det konkludert med at loven *ikke* bryter med dekningsloven § 5-7 bokstav a. Dette synes ikke umiddelbart klart etter ordlyden i bestemmelsen. Derimot får loven betydning i forhold til dekningsloven § 5-7 bokstav b. I forarbeidene konkluderes det med at en sikkerhetsstillelse ikke kan omstøtes utelukkende på grunnlag av dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b.<sup>87</sup> Omstøtelse som er basert på at rettsvernet ikke er brakt i orden uten unødig opphold kan således ikke foretas innen lovens virkeområde. Rosén stiller seg imidlertid kritisk til forståelsen av bestemmelsen slik det fremkommer i forarbeidene. Han gjør gjeldene at man må tolke § 5 annet ledd slik at heller ikke dekningsloven § 5-7 bokstav a kommer til anvendelse.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s 8

<sup>88</sup> Rosén (2004) s 183



Det må bemerkes at bestemmelsen i lov om sikkerhetsstillelse ikke er til hinder for omstøtelse etter dekningsloven § 5-9 eller dekningsloven § 5-5 fjerde ledd. Alt i alt har lov om sikkerhetsstillelse således begrenset anvendelsesområde i forhold til omstøtelse av factoringpant. Som nevnt er det også noe tvilsomt om lovens anvendelsesområde i forhold til hva som forstås med "kontante innskudd" inkluderer de krav som typisk inngår i factoringpantavtale, jfr. drøftelsene i forarbeidene.

## **8 Panteloven § 6-4**

Panteloven § 6-4 gir hjemmel for lovbestemt pant for boomkostninger. Bestemmelsen gir boet et første prioritets lovbestemt pant til dekning av nødvendige boomkostninger. Pantet utgjør inntil fem prosent av verdien av samtlige av skyldnerens pantbeheftede aktiva.

Som kjent er panthavers og de øvrige kreditorers interesser gjerne motstridende i en konkurssituasjon. Kreditorer med separatistrett er en trussel for det øvrige kreditorfellesskapet representert gjennom konkursboet. For at kreditorene skal sikres de midler som måtte være i konkursboet, er det avgjørende at konkursboet har midler til å gjennomføre selve bobehandlingen på en tilfredsstillende måte. Under bobehandlingen skal blant annet skyldnerens aktiva beslaglegges og realiseres til fordel for nettopp kreditorfellesskapet. For at dette skal kunne gjennomføres i praksis er konkursboet avhengig av å ha midler. I praksis er begrensede midler i forhold til bobehandlingen ofte et problem, noe som ofte fører til at bobehandlingen innstilles etter konkursloven § 135. En kan derfor stille spørsmålstegn ved om de vide pantemulighetene næringsdrivende har er en trussel for bobehandlingen. Et slikt argument har blant annet vært fremmet i forhold til muligheten å etablere factoringpantavtaler. Brækhus har

hevdet at muligheten til å inngå avtaler om factoringpant ville gi stor vekst i såkalte ”null-boer”, hvor en konkursbobehandling ikke kan gjennomføres.<sup>89</sup>

I tillegg til å realisere aktiva og fordele verdier til kreditorene, er hensikten med bobehandlingen å avdekke mulig økonomisk kriminalitet. Dette hensynet veide tungt ved innføringen av panteloven § 6-4. I Innst. O. nr. 59 (2003-2004) trekkes det også frem at manglende midler til bobehandlingen også vil kunne føre til at bobehandlingen i boer hvor det i virkeligheten er midler som kan omstøtes eller på annen måte gjøres tilgjengelig for kreditorene, innstilles.

Bakgrunnen for regelen må sees i lys av diskusjonen som har vært i forhold til balansegangen mellom hensynet til den enkelte næringsdrivendes pantedgang og hensynet til å sikre en tilfredsstillende bobehandling. Det har opp gjennom tiden vært argumentert til dels heftig for at pantedgangen har vært for vid og blant annet factoringpantordningen har vært under kritikk. Det såkalte Falkanger-utvalget (Utvalget for etterkontroll av konkurslovgivningen), ble nedsatt av Justisdepartementet i 1990 for å utrede eventuelle endringer i pantelovgivningen med sikte på å tilføre konkursboene mer kapital. Falkanger-utvalget foreslo blant annet å fjerne pantedgangen etter panteloven § 4-10 samt å innføre en legalpantordning for boomkostninger. Falkanger-utvalgets utredning ble fulgt opp i Ot. prp. nr. 26 (1998-1999). I proposisjonen ble det foreslått å innføre en regel om fem prosent legalpant til fordel for konkursboer. Selve adgangen til å pantsette var det ikke ønsket å gjøre noe med. I Innst. O. nr. 77 (1998.1999) sluttet justiskomiteen seg til Regjeringens syn om at adgangen til å pantsette utestående fordringer og varelager ikke skulle oppheves. Men justiskomiteen gikk heller ikke inn for å vedta den foreslåtte regelen om legalpant til fordel for konkursboet. I stedet ble ytterligere utredninger startet og Justisdepartementet sendte i 2001 ut et høringsnotat om sikring av midler til bobehandlingen. Forslaget om legalpant kom inn i Panteloven § 6-4 og ble tilføyd panteloven med ikrafttredelse fra 2005.

---

<sup>89</sup> Brækhus (2005) s 177

## 8.1 Oversikt over legalpanteordningen i panteloven § 6-4

Etter panteloven § 6-4 første ledd gis konkursboet lovbestemt pant på fem prosent i ethvert formuesgode som er beheftet med pant. Formuesgodet må tilhøre skyldneren på konkursåpningstidspunktet og være gjenstand for utlegg eller konkursbeslag. Av første ledd følger det at også pant i formuesgoder som en tredjeperson har stilt som pantsikkerhet for konkursskyldnerens gjeld inngår. Panteretten begrenses oppad til fem prosent av formuesgodets beregnede verdi eller av det et salg av formuesgodet innbringer, men maksimalt 700 ganger rettsgebyret<sup>90</sup>, i hvert realregistrert pantobjekt. Panteretten går foran annen lovbestemt pant og alle andre heftelser i formuesgodet. Imidlertid kan panteretten bare benyttes til å dekke nødvendige boomkostninger.

## 8.2 Legalpant i forhold til pant etter panteloven § 4-10

Panteloven § 6-4 hjemler altså lovbestemt pant i ethvert formuesgode beheftet med pant. Tilsynelatende går altså legalpant etter panteloven § 6-4 foran factoringpant etter panteloven § 4-10. Det kan imidlertid være grunn til å stille spørsmål om dette gjelder uavhengig av hvilket alternativ i panteloven § 4-10 som er valgt. Etter panteloven § 6-4 slår legalpantet inn mot formuesgoder beheftet med pant. Spørsmålet blir etter dette om panteloven § 6-4 også gjelder i de tilfeller hvor factoringpantavtalen er en avtale om avhendelse og ikke pantsettelse.. Gode grunner taler for at legalpantet slår gjennom overfor factoringpantet uavhengig av hvilket alternativ i panteloven § 4-10 som er valgt. Det ville for eksempel vært alt for lettvinnt om en kunne unngå legalpantet ved at panteavtalen tinglyses under avhendelsesalternativet. Videre er det naturlig at avhendelsesalternativet i panteloven § 4-10 ses som en naturlig del av panteloven med den følge at pantelovens generelle bestemmelse, herunder panteloven § 6-4, skal få anvendelse også på dette alternativet. Jeg forutsetter etter dette at panteloven § 6-4 slår gjennom ovenfor factoringpant etter panteloven § 4-10 uavhengig av hvilket alternativ i denne bestemmelsen som er benyttet.

---

<sup>90</sup> Rettsgebyret er i 2010 kroner 860.

### 8.3 Omstøtelse etter panteloven § 6-4 sjette ledd?

Etter panteloven § 6-4 sjette ledd omfatter legalpantet også visse eiendeler som skyldneren har solgt unna forut for konkursen dersom disse er solgt senere enn tre måneder før fristdagen. Regelen har til hensikt å hindre at legalpantet utvannes ved at skyldneren realiserer sine pantsatte aktiva forut for konkursen. I henhold til panteloven § 6-4 sjette ledd sikres boet inntil fem prosent av salgssummen av salg foretatt i en tremåneders periode forut for konkursen.

Panteloven § 6-4 sjette ledd har likhetstrekk med de tradisjonelle omstøtelsesreglene i dekningsloven. Det ble imidlertid presisert av Falkanger-utvalget at denne regelen ikke var noen tradisjonell omstøtelsesregel, men en regel som utvider legalpanteretten. I forarbeidene er bestemmelsen omtalt som en slags ”omstøtelseslignende regel”.<sup>91</sup> ”Omstøtelsesvurderingen” etter panteloven § 6-4 er i utgangspunktet objektiv. Bakgrunnen for salget av de pantsatte aktiva er således i utgangspunktet uten betydning. Av panteloven § 6-4 sjette ledd annet punktum fremkommer imidlertid et unntak som tilfører bestemmelsen et noe bredere vurderingstema. Etter denne bestemmelsen kan legalpantet ikke gjøres gjeldene ”dersom salget er foretatt som ledd i ordinær og forsvarlig drift”. Unntaket minner således om ordinærreservasjonen i dekningsloven § 5-5. Forarbeidene gir anvisning på hvordan unntaket er å forstå.<sup>92</sup> I forarbeidene er det nevnt at salg av bedriftens pantsatte produksjonslokaler ikke vil være omfattet av unntaket. Et slikt salg kan neppe sies å være ledd i ordinær drift, jfr. lovens krav. I relasjon til panteloven § 4-10 nevnes i forarbeidene at fordringsoverdragelser som er skjedd som ledd i en tradisjonell factoringavtale må anses foretatt som ledd i en ordinær og forsvarlig drift. I forlengelsen av dette er det naturlig å anta at en pantehavers tiltredelse av factoringpant normalt faller utenfor unntaket. En slik tiltredelse er normalt begrunnet i skyldnerens økonomiske problemer og fremstår i realiteten gjerne som et tvangssalg. Er derimot pengekravene som inngår i pantet solgt som et ledd i ordinær eller forsvarlig drift faller disposisjonen i utgangspunktet innenfor unntaket.

---

<sup>91</sup> Ot. prp. nr. 23 (2003-2004) s 64

<sup>92</sup> Ot. prp. nr. 23 (2003-2004) s 64

## 9 Kilder

### 9.1 Litteratur

- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 1. utg. Oslo, 1999
- Andreassen, Jens Edwin, *Factoringpant*, 1. utg. Oslo, 1990
- Brækhus, Sjur, *Konkursrett – utvalgte emner*, 1. utg. Oslo, 1970
- Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2 – Pant og annen realsikkerhet*, 3. utg. Oslo, 2005
- Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan, *Rettskildelære*, 5. utg. Oslo, 2001
- Falkanger Thor, *Introduksjon til panteretten*, 1. utg., 3. opplag, Oslo, 2008
- Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling & konkurs Bind 3 Omstøtelse*, 1. utg. Bergen, 1992
- Rosén, Karl, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring*, Tidsskrift for forretningsjus, 2004 s 160, via Lovdata
- Skjerdal, Nicolai, *Omstøtelsesgrunnlag for pant i enkle pengekrav –betaling eller sikkerhetsstillelse?*, Lov og Rett, 1995 s 262, via Lovdata
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Factoring og factoringpant*, Jussens Venner, 1996 s 1, via Lovdata
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Panteloven – kommentarer til lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant og en artikkel om tilbakeholdsrett*, 2. utg. Oslo, 2003
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 1. utg. Oslo, 2004

### 9.2 Lover og forarbeider

- Lov om pant 8. februar 1980 nr 2
- Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59
- Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr 58
- Lov om finansielle sikkerhetsstillelse av 26. mars 2004 nr 17

NOU 1972: 20

NOU 1993: 16

Ot.prp. nr. 39 (1977-1978)

Ot. prp. nr. 50 (1980-1981)

Ot. prp. nr. 53 (1990-1991)

Ot.prp. nr. 26 (1998-99)

Ot. prp. nr 22 (2003-2004)

Ot. prp. nr 23 (2003-2004)

Rådsegn 8 (NUT 1970:2)

### 9.3 Domsregister

Rt 1958 s 1181

Rt 1982 s1232 (Ruud & Ziener A/S)

Rt 1987 s 35 (Eltema-dommen)

Rt 1987 s 984 (Enok Hus-dommen)

Rt 1989 s 1209 (Karmøy Montering-dommen)

Rt 1993 s 1295 (Fokus Finans-dommen)

Rt 2001 s 1136 (Kjells Markiser-dommen)

Rg 1990 s 299 (Bygg & Bo-dommen, Voldgift)

